J rom. m.
273 d

Klüpfel

Ueber einzelne Theile des bürgerlichen Rechts.

Von

H. J. Klüpfel.

Stuttgart,
1817.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Seit einer Reihe von Jahren suchte ich die Stunden, welche Berufsarbeiten mir offen ließen, hauptsächlich auch dazu zu benutzen, um über einzelne dunklere Theile des bürgerlichen Rechts, deren so viele sich noch finden, selbst nachzuforschen.

Die gegenwärtigen Aufsätze enthalten einige der mancherley Wahrnehmungen, die sich mir darstellten. Ursprünglich nicht für das Publikum bestimmt — erscheinen sie vor demselben nun um so anspruchsloser. Mag auch der Gesichtspunkt, von welchem ich

ausgieng, bey dem einen, oder dem andern nicht der richtige seyn, so bahnen sie vielleicht doch zur Wahrheit einen Weg.

Stuttgart, den 9. Sept. 1817.

I.

Ueber den Ursprung und Grund des Rechtssatzes:

Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

---

§. 1.

So bekannt auch der Rechtssatz ist, daß die testamentarische und Intestaterbfolge einander wechselseitig ausschließen, so herrscht doch darüber noch eine große Dunkelheit:

wie er entstanden sey und auf welchem Grunde er beruhe.

Sehr erwünscht mußte es daher jedem Freunde der Rechtswissenschaft seyn, in einer neuern Schrift eines unserer berühmtesten Rechtslehrer — in den civilistischen Abhandlungen des Herrn Hofraths Thibaut — auch über diesen interessanten Gegenstand einen Aufsatz zu finden *).

Die Gründe, mit welchen der Herr Verfasser die aufgeführten mannigfaltigen Hypothesen Anderer zu

---

*) Heidelberg 1814. 6te Abh. S. 65.

widerlegen sucht, sind beynahe eben so viele Belege seines Scharfblicks.

Ob aber die Ansicht, die er am Schlusse als die seinige darstellt, den Knoten selbst zu lösen fähig sey, dies ist eine Frage, die einigen weitern Betrachtungen wohl noch Raum geben dürfte.

§. 2.

Indem der Herr Verfasser jenen Rechtssatz als eine entweder beabsichtigte, oder blos zufällige Folge des Zwölftafelgesetzes betrachtet, äußert er sich, wenn auch nicht vollständig den Worten, doch dem Sinne nach dahin:

Dieses Gesetz laute ganz allgemein:

„Stirbt Jemand intestatus, so erben dessen „Agnaten,"

mithin durch ein Argument à contrario:

„Stirbt Jemand testatus, so erben dessen „Agnaten nicht als solche, sondern etwa nur „aus einem Testamente."

Nun sey es zwar möglich, daß die zehen Männer an den Fall, der Testator disponire nur über einen Theil seines Vermögens, gar nicht gedacht haben. Gleichwohl hätten sich die römischen Juristen, die keine Gesetzgeber, sondern nur Interpreten gewesen seyen, nicht für ermächtiget gehalten, den Buchstaben der gegebenen Formel zu verlassen. Und so sey dann jener Rechtssatz von selbst in einer Beschränktheit gebildet worden, die auch in der That als natürlich erscheine, denn wer sich zum Testiren verstehe, der werde in der Regel, wenn er einmal an der Arbeit sey, sein ganzes Vermögen

zum Gegenstande seiner Disposition machen, und man könne es eine launische Sonderbarkeit nennen, wenn er es nicht thue. —

So einleuchtend der Herr Verfasser seine Ideen durchzuführen wußte, so schwer muß es doch werden, sich über einige Hauptzweifel zu erheben:

§. 3.

Von einem Verstorbenen, der nur über einen Theil seines Vermögens disponirte, kann weder gesagt werden, daß er à testato, noch daß er ab intestato gestorben sey. Schon vernünftiger Weise war also auch die Formel auf den Fall, daß nur über einen Theil des Vermögens disponirt wurde, gar nicht anwendbar.

Wie sollten wir aber eine gleiche höchst einfache Argumentation nicht auch den römischen Juristen zutrauen! Und wie sollten wir von ihnen voraussetzen, daß sie so ganz gegen ihre bessere Ueberzeugung dem todten Buchstaben der Formel gefolgt seyen; sie, die sich doch sonst auch in unzähligen Fällen die Freyheit nahmen, die Gesetze und namentlich die Zwölftafelgesetze selbst gegen ihren klaren Sinn gleichsam mit legislatorischer Macht bald zu beschränken, bald auszudehnen, und in dieser Beziehung nicht selten zu Fictionen sogar unmöglicher Dinge ihre Zuflucht zu nehmen, sobald es darauf ankam, höhere Vernunftgründe eintreten zu lassen, oder mit dem Geiste der Zeit fortzuschreiten, oder die natürliche Billigkeit herzustellen, oder etwa eine Subtilität des früheren Rechts zu umgehen!

Und sollten die Decemvirn bey Aufstellung ihrer Formel wirklich auch solche Dispositionen, deren Gegenstand nur ein Theil des Vermögens ist, im Auge gehabt haben, so würde die Sache selbst dadurch um Nichts näher aufgeklärt; viel-

mehr würden immer wieder gerade dieselben Fragen, die oben aufgeworfen sind, zu beantworten seyn, folglich der Zirkel in der Demonstration eben sowohl die Ansicht des Herrn Verfassers treffen, als er nach dessen sehr richtigen Bemerkung die aus der universitas einer Erbschaft abgeleitete Theorie trifft.

§. 4.

Die Entstehung und der Grund unsers Rechtssatzes läßt sich nicht sowohl philosophisch, als historisch — aber auch historisch nicht aus dem Zwölftafelgesetze, sondern aus solchem nur in Verbindung mit der früheren römischen Rechtsgeschichte deduciren. Aus solcher wissen wir, daß in den ersten Zeiten des römischen Staats nur eine gesetzliche Erbfolge Statt fand. Alles war darauf berechnet, daß das Vermögen in den einzelnen Familien bleiben sollte [1], wenn es auch schon nicht unbedingt als deren Sammt-Eigenthum betrachtet wurde [2].

An testamentarische Verordnungen war nach dem Grundsatze:

„Jus publicum pactis privatorum mutari nequit.“ [3]

---

1) de Bernstorff Analecta historica ad doctrinam testamentorum. Goett. 1775. §. 8. p. 65. Griesinger Geschichte und neue Theorie der Suität. §. 13. S. 106 u. §. 29. S. 209. Hofacker D. d. fundam. success. ab intest. ex historia ejus deducto. §. 47. p. 56.
Zachariä Geschichte der Test. u. der Lehre von der Enterbung. S. 4.

2) §. 2. I. d. hered. qual. et diff. (4. 19.) „sui heredes „ideo appellantur, qnia domestici heredes sunt et „vivo quoque patre domini existimantur.“ L. 11. ff. de lib. et posth. (28. 2.)

3) L. 7. §. 7. L. 38. ff. de pact. (2. 14.)

nicht zu denken. Weil jedoch ein Erblasser Beweggründe haben konnte, die den Wunsch rechtfertigten, daß sein dereinstiges Verlaßthum andern Personen, als denen, die das Gesetz ihm als Erben ernannt hatte, zu Theil werden möchte, so würden in der Folgezeit durch Ausnahme zwar auch testamentliche Verordnungen eingeführt, dabey aber die strengste Consequenz in Beziehung auf jenen einmal bestandenen Grundsatz beobachtet. — Daher die Testamente in den sogenannten Comitiis calatis.

Diese Art von Testamenten verliert sich zu sehr ins Alterthum, als daß sich eine genaue und detaillirte Schilderung davon erwarten liesse. Theils durch die wenigen historischen Daten, die noch auf uns gekommen sind, theils durch Inductionen wird es aber möglich, ihre Natur und Eigenschaft wenigstens im Allgemeinen anzugeben.

§. 5.

Jede Erbfolge beruhte, wie schon bemerkt wurde, auf dem Gesetze. Eine Abweichung von solchem konnte nur theils durch förmliche Aufhebung — abrogatio — des schon bestehenden, theils durch förmliche Sanctionirung des zu surrogirenden neuen Gesetzes und zwar nur durch das Volk, dem die Macht der Gesetzgebung zukam, nicht durch den einseitigen Willen des Erblassers realisirt werden — alles in vollständiger Harmonie mit dem obigen Grundsatze: Jus publicum etc.

L. 23 u. 27. ff. d. reg. I. (50. 17.)
L. 13. C d. testam. (6. 23.)
L. 1. §. 1. ff. d. feriis. (2. 12.)
L. 55. ff. d. leg. 1. (30. 1.)
L. 1. ff. depos. (16. 3.)

Der Erblasser, der ein Testament machen wollte, hatte vor allen Dingen eine gewisse Magistratsperson davon in Kenntniß zu setzen. Diese versammelte das Volk — comitia calata — und trug ihm den Entschluß des Erblassers mit den Gründen, die ihn dazu bewogen, so wie mit der Bitte — rogatio — vor, daß die gesetzliche Erbfolgeordnung für den vorliegenden Fall aufgehoben — abrogirt — und der bezeichnete Testamentserbe als legitimer Erbe des Erblassers erklärt werden möchte.

Darüber wurde dann nach reifer Erwägung der Sache von dem versammelten Volke abgestimmt und der gefaßte Beschluß nicht als Wille des Erblassers, sondern als der Wille des Volks — lex — förmlich bekannt gemacht.

§. 6.

Aus den einzelnen Theilen dieses Akts, über dessen Hauptzüge unter den Rechtslehrern [4]) nur eine Stimme ist, klärt sich nun der Ursprung und Grund unsers Rechtsatzes mit einem Male von selbst auf, denn

---

4) Boehmer de testam. mulier. Cap. 1. §. 1. in Exerc. ad ff. T. 4.

Heineccius ant. rom. L. 2. t. 10. §. 2. pag. 516 u. d. origine testamentifactionis et ritu testandi antiquo. in opusc. pag. 970.

Hofacker D. hist. jur. civ. d. exhered. et praeteritione. 1782. Tub. §. 2.

Rosinus antiq. rom. L. 6. C. 1. p. 1014.

Thomasius prima initia success. testam. apud rom. Halae 1705 u. de sensu l. decemviralis testam. Halae 1705. ferner de orig. success. testam. Halae 1705.

Alb. Diet. Trekell d. orig. atque progressu tesiamentifact. Lips. 1739. Cap. 2. p. 15.

1.) Alles geschah und mußte deswegen vor dem versammelten Volke geschehen, weil erst der Ausspruch des Zwölftafelgesetzes

„Paterfamilias uti legasset, ita jus esto.“

Testamente zu errichten, gestattete, nachdem zuvor nur eine gesetzliche Erbfolge bestanden hatte, die nicht durch den Willen der Privaten abgeändert werden konnte. Ueberhaupt wurden aber nur solche Geschäfte vor dem versammelten Volke verhandelt, bey welchen dasselbe seine Stimme — suffragium — zu geben und darüber Beschlüsse in gesetzlicher Kraft abzufassen hatte, wie es z. B. auch bey Arrogationen der Fall war. Zwar behauptet Theophilus in seiner Paraphrase der Institutionen [5]), daß bey Errichtung der Testamente die Comitien als Zeugen, folglich nicht als Gesetzgeber mitgewirkt hätten; allein schon Heineccius, Thomasius, Trekell und Andere haben seinen Irrthum gründlich dargethan.

§. 7.

2.) Der Zweck des Akts war vorerst auf die Aufhebung der gesetzlichen Erbfolge in dem gerade vorgelegenen Falle gerichtet.

Dies geht theils schon aus dem Begriffe der förmlich vorangegangenen Rogation, den uns Ulpian in seinen Fragmenten [6]) entwickelt, theils aus der bestimmten Formel, welcher man sich aller Wahrscheinlichkeit nach dabey bediente, hervor:

„Velitis jubeatis Quirites, ut Titius Valerio *tam jure legeque* heres sibi siet, *quam si*

---

5) §. 1. J. d. test. ord. (2. 10.)
6) T. 1. §. 3.

ejus filius familias, proximusve agnatus *esset* [7]).

Ein stringenter Beweis, daß die gesetzliche Erbfolge im Ganzen aufgehoben wurde, liegt auch darin: Erst ungefähr am Ende der Republik wurde festgesetzt, daß die sui namentlich enterbt werden mußten [8]).

Dieser Bestimmung hätte es aber nicht bedurft, wenn der Satz, daß die gesetzliche Erbfolge durch die testamentarische verdrungen werde, sich selbst auch noch nach dem Zwölftafelgesetze nicht auf sie sogar bezogen hätte.

Nur unter den bisherigen Voraussetzungen ist es ferner erklärbar, warum nach einem Fragmente von Cervidius Scaevola, der L. 39. §. 1. ff. de leg. 3. Pamphilus, der weder Kinder, noch andere Verwandte hatte, ohne alle Solennitäten frey disponiren konnte, denn es war hier, wie der scharfsinnige Binkershök [9]) bemerkt, von keiner gesetzlichen Erbfolge, deren Aufhebung in den Comitien es bedurft hätte, die Rede.

Und wie hätten übrigens auch die gesetzlichen Erben wohl Ursache gehabt, sich wegen Aufhebung der Intestaterbfolge als über ein erlittenes Unrecht zu beklagen!

---

7) S. Heineccius, Thomasius, Trekell an den angef. O. auch Griesinger am ang. O. S. 195 u. Hugo Civ. Mag. 2. B. 1. Hft. S. 102.

8) Heineccius ant. rom. L. 2. t. 10. §. 21. u. L. 2. tit. 17 §. 5. Griesinger am ang. O. S. 63. Rodbert d. querela inoff. test. Goett. 1802 setzt den Ursprung dieser Klage in die erste Hälfte des 6ten Jahrhunderts.

9) Obs. I. rom. L. 2. Cap. 2, p. 38.

Fürs eine waren es nur die Civilgesetze, denen sie ihre Erbhoffnung verdankten, da sich die römischen Juristen zu dem Grundsatze bekannten, daß nach dem Naturrechte die Erbschaften res nullius seyen [10]. Fürs Andere liegt der charakteristische Unterschied der testamentarischen und Intestaterbfolge gerade darin mit, daß jene selbst auch den Agnaten einen Weg zur Erbschaft öffnet.

Ohnedies geschah aber die Aufhebung der gesetzlichen Erbfolge nie ohne vorangegangene Prüfung — causae cognitio — besonders wenn sui mitinteressirt seyn mochten.

§. 8.

3.) Der benannte Testamentserbe erbte — wie bereits bemerkt wurde — nicht nach dem Willen des Erblassers, sondern nach dem als Gesetz betrachteten Ausspruche der Comitien.

Eine nothwendige Folge hievon war, daß er auch nicht als eigentlicher Testaments- sondern als gesetzlicher Erbe auftrat [11].

Wir wissen, daß die Gesetze der Athener auch schon vor der Zeit des Zwölftafelgesetzes in Rom Nachahmung fanden; aber auch die Athenschen Gesetze erklärten den eingesetzten Erben als Sohn [12].

---

10) Die Belege s. bey Griesinger am angef. O. § 27. S. 205.

11) Heineccius antiq. rom. L. 2. t. 10. § 2. p. 516 u. in der angef. Dissert. §. 13. Binkershök am angef. O. Thomasius initia succ. test. §. 9—12. Trekell am ang. O. Cap. 1. §. 11. pag. 28.

12) Samuel Petit Comment. ad. leges atticas in jurispr. rom. et attica. T. 3. L. 6. t. 6. p. 579. „qui heredes „scribebantur, etiam in filios adsumebantur, quod col- „ligere licet ex Orationibus Isaei et ex L. XI. Platonis „de legibas."

Eben so durften nach den Gesetzen der Athener sowohl [13]), als der Römer [14]) Ausländer nicht als Erben instituirt werden. Und warum wohl? Wahrscheinlich wieder nur auch deswegen, weil sie nicht als Söhne aufgenommen werden konnten.

§. 9.

Das Zwölftafelgesetz, mit dem zugleich eine neue Art zu testiren, die per aes et libram angefangen zu haben scheint, stellt es zwar ganz in den Willen eines Erblassers, wen er selbst mit Uebergehung seines Sohns zum Erben ernennen wollte, ohne daß eine Genehmigung der Comitien mehr erforderlich war. Allein weder in jenem, noch in irgend einem der spätern römischen Gesetze findet sich die mindeste Spur, als wäre man in den übrigen Theilen von der frühern Vorstellungsart, daß die gesetzliche Erbfolge nur wieder durch ein Gesetz aufgehoben oder modificirt werden könne, jemals abgegangen.

Justinian selbst sagt in der

L. 35. C. d. inoff. test. (3. 28.) „Si quan„do talis concessio imperialis processerit, per „quam libera testamenti factio conceditur, „nihil aliud videri Principem concedere, ni„si ut habeat *legitinam* et *consuetam* testa„mentifactionem: *neque* enim *credendum* „*est, Romanum principem, qui jura tuetur,* „hujusmodi verbo *totam observationem te-*

---

13) Petit l. cit.

14) L. 1. §. 2. C. d. hered. inst. (6. 24) verb. mit pr. I. d. patr. pot. Ulp. fr. t. 22. §. 1. T. 17. §. 1. t. 5. §. 4. t. 20. §. 14.

„stamentoram multis vigiliis excogitatam „atque inventam velle everti.“ 15)

Hatten früher die Comitien den Erbfolgesetzen eine derogatorisch gesetzliche Richtung gegeben, so war es nun der Testator selbst, den das Tafelgesetz, so wie die späteren Gesetze dazu berechtigten 16).

Dafür zeugen theils die Tafelworte:

„Paterfamilias uti legasset — das heißt wie Heineccius, Thomasius, Trekell und viele Andere gezeigt haben — *legem* dixisset, ita *jus* esto“ —

theils der gebieterische Ton der Testatoren durch ihr heres esto — liber esto — damnas esto, noch mehr aber die merkwürdige Stelle Justinians in der Nov. 22. Cap. 22:

„Disponat unusquisque super suis, ut dignum „est, *et sit lex ejus voluntas: sicut et anti- „quissima nobis lex et prima pene reipublicae „romanorum disponens ait*, (dicimus autem „12. tabularum) *secundum antiquam et pa- „triam linguam ita dicens: Uti legasset quis- „que de re sua, ita jus esto.*“

---

15) Der Herr Verfasser selbst bemerkt, wie heilig den Römern das Alte war, und wie fest sie sich immer daran hielten. S. auch Griesinger am ang. O. S. 217.

16) Heineccius cit. Diss. §. 17. p. 989. „Vere dici potest, „lege illa decemvirali: uti legesset etc. — populum „omnem facultatem suam νομοθετικὴν de successione te- „stamentaria in quemlibet patrem familias transcrip- „sisse.“ S. auch denselben in D. d. testamenti fact. jur. Germ. etc. in opusc. p. 941. ferner Treckell l. c. C. 3. §. 4. p. 60: „quemadmodum ante leges XII. tab. testamenta in comitiis calatis per modum legis condebantur, ita decemviri unicuique permiserunt, ut ipse le-

Nur in dieser Beziehung sagt auch Papinian in der

L. 3. ff. qui test. facere poss. (28. 1.) „Te-„stamenti factio non privati, sed publici juris est.“ 17)

Man wende hier nicht ein, daß sich in dem späteren Rechte mehrere Fälle finden, in welchen beyderley Erbfolgearten wirklich miteinander verbunden werden, namentlich

1.) wie der Herr Verfasser bemerkt, bey Schenkungen von Todeswegen;

2.) bey Codicillen eines ab intestato Verstorbenen;

3.) bey Verordnungen an den anwesenden Erben nach der L. f. C. d. fideic. (6. 42.)

Alle diese Rechtsinstitute sind nichts weniger, als eigentliche Testamente. Sie erfordern alle weniger Solennitäten, als diese. Sie gewähren keine Erbschaft, nur Fideicommisse, oder Legate. Selbst die Schenkungen von Todeswegen werden nur nach der Natur der letzten beurtheilt 18). Nur deswegen kann auch nach allen über einzelne Vermögenstheile verfügt werden 19).

---

gem dicat rebus suis.“ Ebenso pag. 64 u. Binkershoek l. cit. pag. 37.

17) S. auch die L. 1. pr. ff. ad L. falc. (35. 2.)

18) §. 1. I. d. donat. mortis causa: „donationes *ad exemplum legatorum* redactae sunt *per omnia*.“

L. 2. ff. d. publ. act.: „mortis causa donationes ad exemplum legatorum capiuntur.“

L. 1. ff. quod legat. (43. 3.)

19) L. 69. pr. ff. d. leg. et fid. (2. 31.) S. von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit. 2. Th. 1. Abth. 14ter Abschn. 4tes Cap. S. 221 und 5tes Cap. S. 257—60.

§. 10.

Ist nach der bisherigen Darstellung die Aufhebung der gesetzlichen Erbfolge die Bedingung einer testamentlichen Disposition, so ist auch die Verbindung der beyden Erbfolgearten logisch gar nicht denkbar.

Wie sollte ein Erbanspruch aus einem zuvor schon für unwirksam erklärten Erbfolgesetze geltend gemacht werden können! Ganz richtig schreibt daher Pomponius unter den beyden Imperatoren Aurelius Anton. und Lucius Verus in der

> L. 7. ff. d. Reg. I. (50. 17.) „Jus nostrum „non patitur, eundem in paganis et testato „et intestato decessisse, *earumque rerum* „*naturaliter* (id est logice) *inter se pugna* „*est: testatus et intestatus.*"

Wie konnte aber nun Papinian etwa ein halbes Jahrhundert nachher in der L. 15. §. 2. ff. de inoff. test. (5. 2.) gerade die entgegengesetzten Worte aussprechen!

> „Filius, qui de inofficiosi actione adversus „duos heredes expertus diversas sententias „judicum tulit et unum vicit, ab altero su- „peratus est et debitores convenire et ipse „à creditoribus conveniri pro parte potest, „et corpora vindicare et hereditatem divi- „dere, verum enim est, familiae erciscundae „judicium competere, quia credimus, eum „legitimnm heredem pro parte esse factum, „et ideo pars hereditatis in testamento re- „mansit; *nec absurdum videtur, pro parte* *intestatum videri.*"

Auch dieser scheinbare Widerspruch hebt sich durch Hülfe der Rechtsgeschichte vollkommen. Selbst das Zwölftafelgesetz berechtigte den Vater, seine suos heredes zu enterben. Noch während der Zeit der Republik wurde aber, wie oben schon bemerkt ist, (§. 7.) diese seine Befugniß durch Einführung der querela inofficiosi insofern beschränkt, insofern sie nicht durch rechtmäßige Ursachen motivirt werden konnte.

Diese Veränderung in der Gesetzgebung mußte nun von selbst auf den Gedanken leiten, ob — eine Verbindung gewisser factischen Umstände vorausgesetzt — dadurch nicht eine Dissonanz zwischen dem Grundsatze: Nemo pro parte etc. — erzeugt werde. Papinian stellt daher in dem angeführten Fragmente, das aus dem 14. Buche seiner Quästionen geschöpft ist, den Fall auf:

Ein Vater setzte mit Ausschließung seines Sohns 2 Fremde zu Erben ein [20]. Der Sohn trat gegen beyde mit der querela inofficiosi auf. Gegen den einen siegte — gegen den andern unterlag er. Was war natürlicher, als daß er die Erbschaft nach der Quote, die der richterliche Spruch gegen den Einen der zwey Beklagten ihm zuerkannte, vindiciren konnte, aber nach eben diesem Verhältnisse auch den Erbschafts-Gläubigern verpflichtet war? Was war natürlicher, als daß die ganze Erbschaft zwischen dem Sohn, dessen Erbrecht durch die querela inofficiosi und das darauf erfolgte richterliche Erkenntniß wieder auflebte [21], und dem Andern der

---

20) Cujacius recitat. ad Papinianum L. 14. ad d. L. 15. p. 366. nimmt statt zweyer Fremden nur einen und einen zweyten Sohn an.

21) L. 8. §. penult. 16. ff. d. inoff. test.: „Si ex causa

zwey Beklagten, gegen den er unterlag und zwar diesem nicht als eigentlichem Testaments-Erben, sondern den ältern fortbestandenen Grundsätzen gemäß ebenfalls als gesetzlichem Erben vertheilt werden mußte, so daß also im Grunde nur eine und eben dieselbe Erbfolgeart — die gesetzliche — eintrat. 22)

Papinian konnte daher, ohne mit Pomponius in Widerspruch zu gerathen, sagen:

— „nec absurdum videtur, pro parte intestatum *videri*." —

das heißt:

„In dem vorliegenden besonderen Falle ist es „nicht absurd, die Intestaterbfolge mit der te„stamentarischen zu verbinden, denn diese Ver„bindung ist deswegen blos scheinbar, weil das „bei der Testaments-Errichtung aufgehobene „Suitätsrecht des Sohns durch die querela „inofficiosi wieder auflebte, auch der Te„stamentserbe zu Folge der noch bestehenden „ältern Grundsätze ebenfalls als heres *legiti*„*mus* auftrat." 23)

---

de inofficiosi (querela) cognoverit judex et pronunciaverit contra testamentum, ipso jure *rescissum est, et suus heres erit*, secundum quem judicatum est" L. 21. §. 2. L. 28. ff. ibid. (5. 2.)

22) Nur in diesem Sinne sagt Ulpian nach dem Fragmente, auf das der Herr Verf. sich S. 70 bezieht: „*lege obvenire* hereditatem non improprie quis dixerit „et eam, *quae ex testamento defertur*, quia *lege* 12. ta„bularum *testamentariae hereditates confirmantur*."

23) Vergl. die Allegate bey Glück, Pand. Comm. 7. Th. 2. Abth. §. 557. S. 439—442.

§. 11.

Die militärischen Testamente — testamenta in procinctu facta — stehen den Testamenten, die in comitiis calatis gemacht wurden, blos als Ausnahmen zur Seite.

Ob dergleichen Testamente, ehe sie volle Wirksamkeit hatten, wie Trekell 24) und viele Andere behaupten — nicht gleichwohl in den Comitien genehmigt werden mußten, ob sie ferner nur sofern Kraft hatten, als der Testirer vor dem Feinde starb, dies mag dahingestellt bleiben. Dem sey, wie ihm wolle, so brachte es die Natur der Sache mit sich, daß der, der in procinctu testirte, seine Angelegenheit nicht erst einer Prüfung und einem gesetzlichen Beschlusse der Comitien unterwerfen konnte. Sein Wille allein mußte vielmehr entscheidend seyn 25).

Nur darum, weil es bey den Testamenten in procinctu keiner vorläufigen Aufhebung der gesetzlichen Erbfolge bedurfte, vielmehr die Rechte der Intestaterben aufrecht blieben, war also der Rechtssatz: Nemo pro parte etc. — auf militärische Testamente unanwendbar.

Selbst in dieser Ausnahme liegt aber ein weiterer Beweis für die Richtigkeit der obigen Grundsätze als Regel. Uebrigens scheint es keinen Zweifel zu haben, daß selbst auch das peculium castrense unserer Regel: nemo pro parte etc. eben so unterlag, wie das Vermögen eines pagani 26), und zwar ebenfalls aus keinem andern Grunde, als weil

---

24) Am angef. O. C. 2. §. 19.
25) §. 5. I. d. her. inst. (2. 14.) „miles, cujus sola voluntas in testando spectatur." —
26) Gothofred comm. ad divers. reg. I. ant. Reg. 7. p. 49.

nur in Ansehung jenes besondern Vermögens die Intestaterbfolge durch Errichtung eines militärischen Testaments als aufgehoben betrachtet wurde.

Und so steht dann Alles gegen einander in vollkommenem Zusammenhange. Besonders ist es auch ganz überflüssig, wenn Cujacius und Andere, die Glück am angef. O. bemerkt, aus einem Fragmente von Tryphonin — der L. 19. §. 2. ff. de castr. peculio (49. 17.) deduciren wollen, daß eine Verbindung der beyden Erbfolge-Arten durch nachher eingetretene Umstände z. B. durch richterliche Sentenz wohl Statt haben könne, wenn nur der Testator selbst „ab initio" nicht pro parte testire.

Offenbar drückt jenes Fragment, wie auch schon der Glossator Accursius nach Hugo à Porta bemerkt, ohnedies nicht mehr und nicht weniger, als folgenden Satz aus:

„Ein paganus — der einst als Soldat im Felde stand, kann nicht mehr militärisch testiren, wenn er auch gleich nur über sein vormaliges peculium castrense testirt. Als er noch vor dem Feinde stand — „ab initio" — hätte er es zwar wohl können." rc. —

Nur eine Bemerkung bleibt noch übrig:

§. 12.

Die Quote des Verlaßthums, über die ein Testator nicht disponirte, kann dessen Intestaterbe — der durch die Aufhebung des ganzen gesetzlichen Erbfolgerechts nun als Fremder — extraneus — betrachtet wird, nicht mehr ansprechen. Es entsteht also nun die neue besondere Frage, was in Ansehung dieser Quote Rechtens sey.

Hier erst und nicht schon bey den bisher erörterten Fragen ist der Begriff von universitas — as hereditatis — entscheidend.

Die Quote — intellectueller Theil — einer Erbschaft z. B. ein Viertel oder die unbestimmbare einzelne Sache, oder selbst auch die bestimmte zieht die ganze Erbschaft — as hereditatis — gleichsam durch Alluvion an sich, denn

„totus as

sagt Justinian in §. 5. Inst. de hered. instit.

„in semisse erit." 27)

---

27) L. 1. §. 4. L. 9. §. 13. L. 10. L. 11. L. 13. §. ult. L. 15. pr. L. 50. L. 74. ff. d. hered. inst. (28. 5.) L. 13. C. ibid. (6. 24.)

II.

Ueber das Duplum der actio de tigno juncto, besonders bey Concursen.

§. 1.

Wenn Jemand ein fremdes tignum — und darunter sind alle Arten von Baumaterialien verstanden — 1) zu einem Gebäude auf seinem Grunde einmal verwendet hat, so sind dem Eigenthümer, gegen den zu keiner Zeit usucapirt werden kann, 2) zwey Wege zu seiner Genugthuung offen. Wird das Gebäude aus irgend einer Veranlassung abgerissen, oder fällt es endlich selbst zusammen, dann erst tritt der Zeitpunkt ein, wo er sein Eigenthum, das inzwischen nur ruht, nicht aufhört, vindiciren darf.

Der eine — wie der andere Erfolg ist in den meisten Fällen so ungewiß und weitaussehend, daß

1) §. 29. I. d. rer. divis. (L. 2. t. 1.) L. 2. ff. d. tigno juncto. (L. 47. t. 3.) L. 62. ff. d. V. sign. (L. 50. t. 16.)

2) weil der Besitzer des ganzen Gebäudes nicht Civilbesitzer der einzelnen Theile ist.
L. 7. §. 1. ff. ad Exh. (L. 10. t. 4.)
L. 23. §. 6. ff. d. reivind. (L. 6. t. 1.)
v. Savigny das Recht des Besitzes S. 48.
Vinnius ad Inst. L. 2. t. 1. §. 29.

man ohne Gefahr, verspottet zu werden, darauf nicht wohl calculiren kann.

Wer sollte daher diesem Wege, der von einer totalen Aufhebung des Eigenthumsrechts sich beynahe in Nichts unterscheidet, nicht den zweyten Weg vorziehen — den doppelten Werth seines Materials zu fordern!

Nur gegen den, der eine fremde Sache gebraucht, und dabey weiß, daß er dazu nicht berechtigt ist — den possessor malae fidei — findet der erste Weg noch Statt, obgleich von dem zweyten schon Gebrauch gemacht wurde. 3)

§. 2.

Alle diese Bestimmungen, die sich seit der Bekanntmachung des Zwölftafelgesetzes 4) bis auf den heutigen Tag in ihrer Gültigkeit erhalten haben, beruhen auf allzudeutlichen Gesetzen, als daß sie noch zweifelhaft gemacht werden könnten. 5)

---

3) Vinnius am ang. O.
Westphal System des röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. Lpz. 1788. §. 441. u. 442.
Harscamp de tigno juncto. Traj. ad Rh. 1730. in Oelrichs th. nov. Diss. Vol. 2. T. 1. pag. 427. Cap. 5. pag. 441. u. 443.
Als ein drittes Rechtsmittel räumen Einige gegen den possessor m. f. sogleich auch die actio ad exhib. u. reivindicatio electiv ein, aber als solchen, der zu besitzen absichtlich aufgehört, folglich statt der Sache ihren Werth nach eidlicher Bestärkung zu erstatten hat. S. Harscamp l. c. C. 4. pag. 438.

4) Auf der 6ten Tafel standen die Worte: „Tignum junctum ædibus vineæve ne concapet, ne solvito. Ast qui junxit, duplione damnator. Tigna quandoque sarpta, donec demta erunt, vindicare jus esto.“

5) §. 29. Inst. d. rer. divis. (L. 2. t. 1.)

Aber — wie wenn der Eigenthümer eines von einem Dritten verwendeten Materials in den Fall kommt, mit seinem Anspruche auf den doppelten Werth bey einem Concurse aufzutreten, in welchem Vorzugsverhältnisse steht er dann mit den übrigen Gläubigern?

§. 3.

Wird die Klage gegen einen Besitzer in bösem Glauben gerichtet, so kann die Frage wohl keine Schwierigkeit haben. Das Duplum, das die Gesetze ihm auflegen, hat ganz die Natur einer Privatstrafe. Mit allen Strafen hat es daher auch dies gemein, daß sämmtliche — selbst die chirographarischen Gläubiger ihm vorgesetzt werden. Ein vorsichtiger Sachwalter wird sich auch wohl hüten, sein Klagerecht nicht auf bösen Glauben zu gründen.

§. 4.

Beynahe eben so ungünstig ist aber die bisherige Praxis dem Eigenthümer eines Baumaterials, wenn er seinen Anspruch gegen denjenigen verfolgt, der es auf seinem Grunde in gutem Glauben benutzte.

Das Material — argumentirt man — [6]) wurde durch seine Verbindung mit dem Boden eines

---

L. 7. §. 10. ff. d. acq. rer. dom. (L. 41. t. 1.)
L. 98. ff. d. solut. et liber. (L. 46. t. 3.)
L. 23. §. 6. L. 39. ff. d. reivind. (L. 6. t. 1.)
L. 2. C. ibid. (L. 3. t. 32.)
L. 1. u. 2. ff. d. tigno juncto. (L. 47. t. 3.)
L. 6. ff. ad Exhib. (L. 10. t. 1.)

6) Dabelow Conc. der Gl. 1. Ausg. 1. Th. §. 23. S. 66. n. 100.
Hofacker princ. I. c. §. 1019.

Andern dessen Eigenthum. Wenigstens ruht das dingliche Recht des natürlichen Eigenthümers, bis das Gebäude eingerissen wird, oder in sich selbst zerfällt. Der doppelte Werth kann aber nur mit einer Personalklage — der actio de tigno juncto — folglich in keiner andern, als der letzten Classe verlangt werden.

Und so sieht sich dann der Eigenthümer durch das Opfer, das er dem gemeinen Wohl bringen mußte, seines Materials, das von nicht unbedeutendem — ja von hohem Werthe seyn kann, gewöhnlich für immer verlustig, während andere Gläubiger, da es in der Masse vorhanden ist, sich davon bezahlt machen.

§. 5.

Jemehr die Praxis einem natürlichen Gefühle von Recht widerstreitet — und dies ist doch wohl hier der Fall — desto mehr hat man gewöhnlich Ursache, auf die Richtigkeit der Grundsätze, aus denen sie fließt, mißtrauisch zu seyn.

So wie überhaupt die römischen Gesetze des gemeinen Wohls halber einem Eigenthümer nicht selten die Verbindlichkeit auflegen, sein Eigenthum gegen seinen Willen hinzugeben, 7) so liegt auch

---

Westenberg Princ. I. L. 6. t. 1. §. 27—28.
Westphal über die Arten der Sachen. §. 444.

7) Beyspiele finden sich in §. 2. I. d. his, qui sui vel al. juris. (1. 8.)
L. 2. C. ut nemini liceat in emt. (L. 10. t. 27.)
L. 12. ff. d. relig. (L. 11. t. 7.)
L. 7. ff. d. off. præs. (L. 1. t. 18.)
L. 14. §. 1. ff. quemadm. serv. am. (L. 8. t. 6.)
L. 13. §. 1. ff. comm. præd. (L. 8. t. 4.)
L. 2. C. pro quib. caus. serv. (L. 7. t. 13.)

bey der actio de tigno juncto **ein unwillkührlicher Kaufcontract** — imperata emtio venditio — zum Grunde.

Das gemeine Wohl bewog den Gesetzgeber, auf der einen Seite die Dissolution eines einmal stehenden Gebäudes, die bald Rachgier, bald nur Laune verlangt, zu verbieten; auf der andern aber hielt er es für billig, daß dem Eigenthümer sein Material, das er nun entbehren muß, 8) durch einen **liberalen** Kaufpreis — das Duplum — vergütet werde.

Dieses Duplum ist nichts weniger, als eine Strafe, 9) sondern ein gesetzlich bestimmter **Kaufpreis**.

Zum Beweise dessen heißt es in dem

§. 29. I. d. rer. divis.: „Sed duplum *pro eo* „(scilicet tigno eximendo) præstet.“

und noch deutlicher in der

L. 98. ff. de solut.: „Solvi tamen tignum „prohibuit, *pretiumque ejus* dari voluit lex „12. tabularum.“ 10)

L. 1. C. d. comm. serv. manum. (L. 7. t. 7.)
L. 2. C. d. patribus, qui filios suos distr. (4. 43.)
L. 14. C. d. contr. emt. Vend. (4. 38.)
Avth. Item à privatis C. d. donat. (8. 54.)

8) Analoge Gesetze mißkennen das Opfer, das der Eigenthümer in einem solchen Falle bringen muß, nicht, z. B. L. 2. C. ut nemini liceat etc. — „Nullus cogatur vendere omne id, quod sui usus gratia comparaverit, quando quidem satis impium est, suis quemque defraudari, eaque in alios transferri.“

9) Harscamp am ang. O. pag. 443.
S. Glück Erl. der Pand. 2. B. 13. T. §. 274. S. 552.
Thibaut Versuche über einz. Theile der Theorie des Rechts. 1. Th. S. 334.

10) Eben so heißt es auch bey Theophilus in seiner

Es ist daher auch ganz kein Grund wahrzunehmen, warum, wenn bey einem Concurse mittelst der actio de tigno juncto auf die Bezahlung des Duplums geklagt wird, dessen ganze Natur nicht nach den Grundsätzen eines wahren Kaufs beurtheilt werden sollte.

§. 6.

Allerdings soll der Eigenthümer des verwendeten Materials solches nicht vindiciren können; aber nicht anders, als unter einer Beschränkung ist ihm dieser Ausfluß seines Eigenthumsrechts entzogen, denn der Grundeigenthümer wird zugleich dagegen verpflichtet, einen billigen Kaufpreis zu bezahlen.

Nichts ist daher natürlicher, als daß die Concursmasse, indem ihr, oder dem Gemeinschuldner, den sie vertritt, mittelst der actio de tigno juncto das Eigenthum einer jungirten Sache käuflich überlassen wird, auch deren Preis baar bezahlen muß, daß sie nicht befugt ist, das eine zu nehmen, ohne zugleich auch das andere zu geben, [11] daß

---

paraphrasis Inst. §. 29. d. rer. div. „duplum ejus (tigni) *pretium* refundat." u. in den Basilicis: „duplum *pro* materia repetis." S. Fabrot Suppl. Bas. L. 50. §. 13. Daß der Ausdruck „*pretium*" nach seiner eigentlichen Bedeutung einen Kauf voraussetze, bedarf keines Beweises. Pretium enim est nota emt. venditionis — sagt die Glosse ad L. 4. §. 28. ff. de doli mali except. S. Brissonius d. Verb. sign. T. 2. pag. 1113.

11) Bey dergleichen unwillkührlichen Kaufcontracten machen die Gesetze dem Käufer die gleichbaldige Bezahlung zur doppelten Pflicht. L. 2. C. ut nemini liceat etc. — „Si necessitas exigat coemptionem fieri in „urbe regia deficientibus annonis, ea procedat *auro*

mithin ohne Erfüllung dieser Verbindlichkeit das Eigenthum der gekauften Sache auf sie nicht übergehen kann.

Offenbar ist nur die gleichbaldige baare Bezahlung des doppelten Werths der jungirten Sache die Bedingung, unter welcher sich der Grundeigenthümer von der Exhibition und Vindication derselben frey machen kann.

Bedient er sich der gesetzlichen Vergünstigung, deren Gebrauch seiner Willkühr überlassen ist, nicht, kauft er die jungirte Sache auf Verlangen ihres Eigenthümers nicht actualiter los, so ist auch dieser an das Verbot der Dissolution nicht weiter gebunden.

Diesem Sinne, der in den Worten des

§. 29. I. d. rer. div.: „cavetur, ne quis tignum eximere *cogatur, sed* duplum *pro eo* „præstet."

und in einer besondern in Julians Büchern aufbewahrten neuern Constitution von Justinian

„Si quis etiam de rebus immobilibus ad „alium pertinentibus aliquem ornatum, vel „materiam abstulisse inveniatur, *modis om-* „*nibus restituere, vel* si jam alicui injuncti „sint ædificio, *pretio satisfacere* coarctetur, „ut undique nostrarum legum conservetur „auctoritas."

liegt, stimmten doch längst auch die Rechtslehrer nicht undeutlich bey, z. B.

„*prius sine damno et dilatione præstito.*" L. 13. §. 1. ff. comm. præd. (L. 8. t. 4.)

Otto in comm. ad I. tit. de rer. div.:
„Placuit hoc *in compensationem* negatæ rei „vindicationis.“

Huber ad pand. L. 47. t. 3.
„ut dominus tigni, dum rem suam vindicare „non potest, commodo pecuniario *compen-* „*setur.*“ 12)

Wie können sie ihn nun in seinen Folgen mißkennen?

§. 7.

Es ist also eine ganz unrichtige Voraussetzung, wenn angenommen wird, der Eigenthümer des Materials könne seine Genugthuung nur mit einer Personalklage fordern. Allerdings hat er sich dieser zu bedienen; sie ist ihm aber ausdrücklich als Lösegeld, oder als Kaufschilling für sein fortdauerndes Vindicationsrecht gegeben. Wird daher dieser Kaufschilling nicht berichtigt, so hat er seinerseits dem Zwölftafelgesetze ein Genüge geleistet, und er kann sich seines fortdauernden Eigenthums und Vindicationsrechts, wovon das erste auf den Käufer wegen nicht bezahlten Kaufschillings nicht übergeht, 13) nun in voller Maße wieder bedienen.

§. 8.

Freylich ist keiner der Specialfälle, welche die Gesetze über die actio de tigno juncto enthalten, auf Concurse berechnet. Nach allen wird voraus-

---

12) S. auch Vinnius am angez. O. p. 186.
Harscamp am ang. O. p. 443.

13) L. 1. §. 10. L. 19. ff. de contr. E. V. (L. 18. t. 1.)
§. 2. I. d. E. V. (L. 3. t. 24.)
§. 41. I. d. rer. divis. (L. 2. t. 1.)

gesetzt, daß der Grundeigenthümer dem Eigenthümer des Materials dessen Werth entweder freywillig erstatte, oder im Wege der ordentlichen Execution dazu angehalten,

— „restituere, vel pretio satisdare *coarctetur* —

in einem — wie im andern Falle aber von der Reivindication frey werde. Indessen bestätigt sich die bisherige Ansicht auch durch andere analoge Fälle.

Man nehme z. B. an, ein enormiter læsus habe es mit einem Gemeinschuldner zu thun. Wird ihm wohl zugemuthet werden, seinen bezahlten Kaufschilling, nachdem er die gekaufte Sache nach der Wahl der Concursmasse an diese zurückgegeben hat, mit der actio emti, oder der condictio sine causa in der letzten Classe wieder zu fordern? Keineswegs! Das Rechtsmittel, das ihm zusteht, nähert sich, wie es auch bey der Favianschen und quasi Favianschen, [14]) noch mehr — plenius — aber bey der Paulianschen Klage [15]) und bey dem Gläubiger, für dessen Ansprüche ein Weib intercedirte, [16]) der Fall ist, in seinen Wirkungen der Restitution, [17]) wenn es

---

14) S. die Instit. L. 4. t. 6. die Pandecten und Codextitel L. 38. t. 5. u. L. 6. t. 5.

15) §. 6. Inst. de act. (4. 6.)
L. 10. §. 22. ff. quæ in fraud. credit. (42. 8.)

16) L. 16. C. de Seto Vell. (4. 29.)
Auch die prätor. actio in factum de alienatione judicii mutandi causa facta bezweckt keine vollständige Restitution. L. 3. §. 4. ff. de alien. jud. mutandi causa facta. (4. 7.)

17) Voetius ad ff. L. 18. t. 5. §. 4.

auch nicht, wie gleichwohl Manche annehmen, [18]) eine eigentliche Civilrestitution seyn sollte. [19])

Nur unter der Verpflichtung, den Kaufschilling sogleich baar zurück zu erstatten, konnte daher die Masse ihr verkauftes Gut wieder erwerben, [20]) und dem Käufer kann sie es nicht zum Vorwurfe machen, daß er sich seines Rechts, dasselbe zu retiniren, nicht bediente.

---

18) Cynus super Codice cum additionibus. 1493. ad L. 2. C. d. resc. vendit.
Cujacius ad tit. Cod. d. resc. vendit. in oper. posth. Tom. 5. p. 391.
Westphal vom Kauf- Pacht- Mieth-Contracte rc. 1. Htst. 11. Cap. S. 604 rc.
Stryk Us. mod. L. 18. t. 5. §. 2.
Mackeldey Lehrbuch der Instit. §. 760. S. 833.
v. Batz Abhandlungen über verschiedene Gegenstände des natürl. und positiven Rechts. Tüb. 1816. 14. Abh. S. 190.

19) Vergl. Faber de error. pragmat. P. 1. Dec. 7. Error. 7. pag. 207.
Müller ad Struvii Synt. I. civ. L. 18. t. 5. §. 91. Richter Dec. 99. nr. 176. pag. 741.
Harpprecht comment. ad instit. tit d. emt. vend. §. ult. Tom. 3. pag. 826.
Walch controv. I. civ. Sect. 4. Cap. 1. §. 23. pag. 396.
Für die bejahende Meynung spricht jedoch besonders auch ein Satz des Harmenopul in s. proch. leg. L. 3. t. 3. p. 286. „Si quis rem suam minimo pretio „vendiderit, potest eam restituto pretio reposcere. — „Actio autem de hac re *intra quatuor annos* moveri „potest.“ den er auch mit den eigenen Worten einer merkwürdigen Novelle belegt.

20) L. 24. §. 4. L. 27. §. 1. ff. de minor. etc. (4. 4.)
Claproth Einleitung in den summar. Proz. S. 134.
Vergl. von Gmelin Ordn. der Gläubiger 4. Ausg. §. 10. S. 52—54.

§. 9.

Das Recht des Verkäufers, sein Material bey einem Concurse zu vindiciren, hat übrigens nicht Statt, wenn dem Gemeinschuldner der doppelte Kaufpreis angeborgt, folglich das Eigenthum des Materials auf ihn übergegangen war. In diesem Falle wird der Verkäufer vielmehr in die letzte Classe verwiesen, und nur dann hat er ein privilegirtes gesetzliches Unterpfandsrecht anzusprechen, wenn er sich seines Duplums halber auf der abgetretenen Waare ein Unterpfand vorbehielt.

Dabey aber versteht es sich, daß er dieses Vorzugsrecht nur auf dem stipulirten Preise des Gebäudes, wovon sein Material ein Theil ist, zu suchen, und zwar nur in so weit zu suchen hat, als dieses Materials halber aus dem Gebäude selbst nach legaler Aestimation ein höherer Preis von der Concursmasse erzielt würde, mit dem Reste fällt er wieder in die letzte Classe.

§. 10.

Nicht selten geschieht es, daß ein Baumaterial in einem bestimmten Preise verkauft, sich aber auf demselben bis zur Bezahlung ein Eigenthumsrecht vorbehalten wird. Benutzt nun in einem solchen Falle der Käufer das Material, so treten ebenfalls die Grundsätze der actio de tigno juncto insofern ein, daß der Verkäufer bey nicht erfolgter Bezahlung den Vorbehalt seines Eigenthumsrechts nicht unbedingt realisiren kann.

Doch dürfte dabey der Unterschied Statt finden, daß die Exhibition und Vindication durch die gleichbaldige baare Bezahlung des stipulirten Preises abgewendet wird, indem das Duplum des Zwölftafelgesetzes den Mangel eines solchen voraussetzt.

§. 11.

Hat sich der Verkäufer eines Baumaterials die ununterbrochene Fortdauer dieses seines Eigenthums bis zur Bezahlung auch auf den Fall vorbehalten, wenn dasselbe wirklich zu einem Gebäude benutzt werden sollte, so liegt hierin von Seiten des Käufers eine vorläufige Entsagung auf den Vortheil, welchen der Gesetzgeber durch die Einführung der actio de tigno juncto für den Grundeigenthümer bezweckte — den Vortheil der Nichtdissolvirung — und daß diese Entsagung von rechtlicher Wirkung sey, läßt sich wohl nach den Worten der Gesetze, z. B. nach

§ 29. I. d. rer. divis.: „ne quis eximere *cogatur*“

nicht bezweifeln. [21])

§. 12.

Wußte der Eigenthümer eines Baumaterials, daß dieses von einem Dritten zu einem Gebäude benutzt wird, und er widerspricht nicht, so hat er nach Lauterbachs [22]) Lehre sein dingliches Recht darauf verloren. Die

L. 63. ff. de donat. inter vir. et ux. [23])

---

21) L. 7. §. 10. ff. d. acq. rer. dom. (L. 41. t. 1.)
L. 2. §. 17. u. ult. ff. ne quid in loco etc. (L. 43. t. 8.
Vinnius am angez. O. p. 187.
Westphal über die Arten der Sachen ꝛc. §. 438.
Vergl. jed. Harscamp am ang. O. pag. 437 u. 444.

22) in coll. th. pr. L. 41. t. 1. §. 98.

23) „de eo, quod uxoris in ædificium viri ita conjunc-
„tum est, ut detractum alicujus usus esse possit, dicen-
„dum est, agi posse, quia nulla actio est ex L. 12. tab.
„quamvis (nach einer abweichenden Lesart: quamvis

beweist aber wohl nicht, was dieser Autor damit beweisen will. Vielmehr stellt sie nach der Erklärung des Cujacius 24) den Satz auf, die actio de tigno juncto habe nur Statt, wenn die fremden Materialien ohne Wissen des Eigenthümers benutzt werden; im Gegenfalle cessire das Verbot des Einreißens und es habe bey der ordentlichen actio ad exhibendum und der reivindicatio sein Bewenden.

Der Grund liegt auch sehr nahe, denn wer weiß, daß seine Sache zu einem fremden Bau verwendet wird, von dem kann nicht gesagt werden, daß er unwillkührlich seine Sache entbehre, sofern er nicht widerspricht. Daher kann er auch nur den einfachen Werth seiner Sache, oder diese selbst verfolgen.

Nach der angeführten L. war es der Frau nicht unbekannt, daß ihre Sache vom Ehmanne zu seinem Gebäude gebraucht wurde. Darum fand auch das Zwölftafelgesetz nicht — sondern zuerst eine Klage auf Dissolution und dann die ordentliche Vindication Statt. 25)

Doch — über ein tignum möchte wohl Manchem dieß Wenige zu viel scheinen!

---

nulla actio ex L. 12. tab. (quia) decemviros non sit „credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum „in alienum ædificium conjunctæ essent. Paulus notat. „sed in hoc solum agi potest, ut sola vindicatio soluta „re competat mulieri, non in duplum ex L. 12. tabularum.

24) ad Inst. L. 2. t. d. rerum divis. pag. 37.

25) Vergl. Hieronymus Elenus diatribarum seu exercitationum ad jus civ. libri tres. L. 2. C. 7. Bey Otto in s. thes. T. 2. p. 1430.

III.

Ueber den Rechtssatz:
Minima non curat Prætor.

Zur Erklärung der L. 4. ff. de restit. in integrum.
L. 4. t. 1.

§. 1.

Die Streitsucht äußert sich bald im Großen, bald im Kleinen. Wer um eine Kleinigkeit streitet, ist aber darum allein noch nicht streitsüchtig.

Viele Rechtslehrer sind zwar der Meynung, daß derjenige, der einer Bagatelle wegen [1]) als Kläger auftritt, von der Schwelle des Gerichts ohne weiters zurückzuweisen sey.

Wohl eben so viele Andere stellen hingegen den Satz auf, der Richter habe nur nach Rechtssätzen ohne alle Rücksicht auf den größern, oder geringern Gegenstand zu erkennen.

---

1) Es versteht sich, daß der Begriff einer Bagatelle, der an sich äußerst relativ ist, in jedem individuellen Falle nur durch das vernünftige Ermessen des Richters seine Bestimmung erhält.

Die erste Parthey beruft sich besonders auf

L. 9. pr. L. 16. §. 4. L. 49. §. penult. ff. de min. (L. 4. t. 4.)
L. 9. 10. u. 11. ff. de dolo m. (L. 4. t. 3.)
L. 22. §. 3. ff. loc. (L. 19. t. 2.)
L. 54. ff. d. contr. Emt. V. (L. 18. t. 1.)
L. 8. C. d. resc. vend. (L. 4. t. 44.)
L. 2. C. si adv. vend. pign. (L. 2. t. 29.)
L. 11. C. d. præd. min. (L. 5. t. 71.)
L. 4. L. 18. pr. ff. d. ædit. ed. (L. 21. t. 1.)

Die zweyte auf:

L. 5. §. 6. ff. d. acq. rer. dom. (41. 1.) §. 16. I. d. rer. div. (L. 2. t. 1.) pr. I. d. vi bon. rapt. (L. 4. t. 2.)
L. 22. ff. d. damno inf. (L. 39. t. 2.)
L. 12. ff. d. imp. in res dot. (L. 25. t. 1.)
L. 10. ff. de conjung. cum emanc. lib. ej. (37. 8.)
Epit. u. C. 1. Nov. 69.

§. 2.

Doch — beyde Partheyen suchen ihre Behauptungen zugleich durch eine und ebendieselbe Gesetzstelle — die bekannte

L. 4. ff. de restit. in integr.

zu bestärken, in welcher Callistratus nach der fast einstimmigen Lesart aller Ausgaben 2) also schreibt:

„Scio, illud à quibusdam observatum, ne „propter satis minimam rem, vel summam, „si majori rei, vel summæ præjudicetur, au- „diatur is, qui in integrum restitui postulat."

---

2) Haloänder setzt: „ne propter minimam sane rem etc.

Nur hypothetisch, lehrt die Eine, [3]) spreche diese Gesetzstelle den Satz aus, daß ein Kläger wegen einer Kleinigkeit nicht gehört werden solle;

— „Si majori rei, vel summæ præjudicetur“ — trete diese Bedingung nicht ein, werde einer größern Sache oder Summe nicht präjudicirt, so bleibe es bey der Regel, daß er damit zu hören sey.

Nicht hypothetisch — nur beyspiels- oder verstärkungsweise, versteht die Andere, [4]) indem sie der Glosse folgt, jene eingeschalteten Worte, [5]) und nach ihrer Ansicht stellt das Fragment, das sie so ausdrückt:

„eine geringfügige Sache kommt bey der Re-„stitution nicht in Betracht, hauptsächlich, „wenn einer größeren Sache dadurch präjudi-„cirt wird,“

den gerade entgegengesetzten Satz auf,

auf Kleinigkeiten habe der Richter in der Regel nicht zu achten.

§. 3.

So sehr auch die §. 1. angeführten Gesetze gegen einander im Widerspruche zu stehen scheinen,

---

3) Cujacius tit. ff. de rest. pag. 126.
de Dompierre de Jonguierres specimen de restitutionibus in I. sive commentarius ad tit. ff. qui ad illam materiam pertinent. Lugd. Bat. 1767. t. 1. §. 32. p. 33.
Noodt comment. ad pand. L. 4. t. 1.
Vinnius partit. I. L. 3. C. 44. p. 402.

4) Huber prælect. I. rom. L. 4. t. 1. p. 673.
Müller ad Struvii Synt. jurispr. L. 4. t. 1. §. 5. und mit ihnen viele Andere.

5) Die Glosse setzt ihnen nämlich voran: Subaudi! maxime.

so kann doch ihre Vereinigung wohl keine große Schwierigkeit finden. Entweder ist von Erfüllung einer auf das Civil- oder prätorische Recht sich gründenden Verbindlichkeit, oder von Aufhebung eines den Civilgesetzen nach gültigen Rechtsgeschäfts aus Gründen der Aequität nach dem prätorischen Rechte die Rede. Im ersten Falle hat der Richter nur nach Rechtssätzen zu erkennen, im zweyten hingegen hat er den größern, oder geringern Gegenstand zugleich in Betracht zu ziehen, und eines unbedeutenden Nachtheils halber kann, vorausgesetzt auch, daß es an den übrigen Bedingungen nicht fehle, kein gültiges Rechtsgeschäft aufgehoben werden.

§. 4.

Paulus bemerkt nach der

L. 12. ff. de imp. in res dot. factis. (L. 25. t. 1.) 6)

ausdrücklich, daß der negotiorum gestor auf Erstattung seiner Auslagen — wenn sie auch noch so gering seyen — klagen könne, und nach der

L. 22. ff. de damno inf. (L. 39. t. 2.)

daß bey der actio de damno infecto jeder selbst unbedeutende Schaden in Betracht komme.

Justinian hielt es nach dem

§. 16. I. de rer. divis. (L. 2. t. 1.)

nicht unter seiner Sphäre, zu bestimmen, wiefern eine weggeflogene Taube, oder eine weggelaufene Gans, oder Henne gegen den, der sie auffängt, vindicirt werden könne. 7)

---

6) Die Gründe, warum nach dieser L. bey der actio pro dote eine Abweichung statt findet, s. bey Dampierre de Jonguierres am ang. O.

7) S. auch die Nov. 69. C. 1.

Derselbe Justinian verordnete — was auch wohl keiner Verordnung bedurfte — nach

Pr. I. de vi bonor. rapt. (L. 4. t. 2.)

daß, wer auch nur eine Kleinigkeit raube, zum Ersatz angehalten werden solle.

Aber in allen diesen Gesetzen [8]) ist von der Erfüllung einer Verbindlichkeit [9]) und in dem zweyten namentlich auch nach dem prätorischen Rechte die Rede. [10])

§. 5.

Alle die Gesetze, welche den Richter anweisen, auf unbedeutende Gegenstände nicht zu achten, namentlich die oben angeführten

L. 9. 10. u. 11. ff. de dolo m. (L. 4. t. 3.)
L. 22. §. 3. ff. loc. (L. 19. t. 2.)
L. 54. ff. de contr. E. V. (L. 18. t. 1.)
L. 9. pr. L. 16. §. 4. L. 49. §. penult. ff. d. min. (L. 4. t. 4.)
L. 2. C. si adv. vend. pign. (L. 2. t. 29.)
L. 11. C. d. præd. min. (L. 5. t. 71.)
L. 4. u. 18. pr. ff. d. ædil. ed. (L. 21. t. 1.)

tragen hingegen das gemeinschaftliche Merkmal an

---

8) S. auch L. 1. §. penult. ff. d. arbor. cæd. (L. 43. t. 27.) und L. 8. C. theod. d. jurisd.

9) Nur dahin bezieht sich auch der Ausspruch des Julianus antecessor Constant. in Nov. 69: „quamvis res, „de qua agitur, minima videatur, tamen justitiæ ratio „non ex quantitate, sed ex suis regulis æstimari debet.

10) Ein Beweis, daß die Geringfügigkeit eines Gegenstands an sich allein betrachtet keinen Grund zur Zurückweisung von der Klage enthalte, liegt auch darin, daß sie nach der Avth. C. de sent. ex per. (L. 7. t. 54.) u. der Nov. 17. C. 3. hauptsächlich nur eine Abänderung in der Prozeßform bewirken soll.

sich, daß sie sich auf solche Fälle beschränken, in welchen die Aufhebung eines dem Civilrechte nach gültigen Rechtsgeschäfts aus Gründen der Aequität nach dem prätorischen Rechte bezweckt wird. [11])

Diese Beschränkung beruht auch auf Gründen, die zu tief in der Natur der Sache selbst liegen, als daß sie das positive Recht hätte mißkennen können. Jeder Contrahent verbindet mit dem Contracte, den er schließt, in der Regel die Absicht, seinen Nutzen — sey er wahr oder eingebildet — zu befördern.

Diese Absicht ist nur in den wenigeren Fällen anders, als auf Kosten eines der Contrahenten erreichbar. Wenigstens lassen sich die Folgen, die ein Contract für beyde Contrahenten hat, voraus nicht so genau abwägen, daß nicht am Ende ein Theil sich mehr, oder weniger mit dem Schaden des Andern bereichern sollte. Jede Triebfeder zum Gewerbe müßte daher ersticken, wenn schon ein mäßiger Vortheil, den ein Contrahent auf Kosten des andern sich erwirbt, bey einer auf Rescission des Contracts gerichteten Klage in Betracht käme, und diese Verschiedenheit in den Gründen, welche in Beziehung auf geringfügige Gegenstände Statt findet, je nachdem sie bey Klagen auf Erfüllung, oder Aufhebung eines Rechtsgeschäfts zur Sprache kommen, ist es auch, auf welche die Gesetze, namentlich die oben angeführten

---

11) Das Civilremedium der L. 2. C. de resc. emt. V. gehört nicht hieher, denn es setzt zugleich eine durchgreifende Norm fest, nach welcher eine Verletzung — wie viel, oder wie wenig sie auch betragen mag — bald für bedeutend, bald für unbedeutend zu achten ist, je nachdem sie die Hälfte des wahren Werths einer Sache übersteigt, oder nicht übersteigt.

L. 8. C. d. resc. vend. 12)
L. 16. §. 4. ff. de min. 13)
L. 22. §. 3. ff. loc. (L. 19. t. 2.) etc.

hindeuten, und welche von selbst auch eine Verschiedenheit in den Wirkungen hervorbringen muß.

§. 6.

Ungleich problematischer ist die Erklärung der §. 1. ausgehobenen

L. 4. ff. d. rest. I. I.

Gewiß würde Callistratus in dem Sinne, den die obige erste Erklärungsart diesem Fragmente giebt, den seinigen nicht wieder finden.

Mehrere Fragmente von Paulus und Ulpian stellen — wie wir uns bereits überzeugt haben — ganz unbedingt den Satz auf, der auch der Natur der Sache gemäß ist, daß die Restitution einen bedeutenden Schaden voraussetze. Wollte man daher annehmen, Callistratus habe diesen Satz an die Bedingung geknüpft:

„Si majori rei, vel summæ præjudicetur"

so würden diese drey Classiker, die — wenn sie auch nicht alle Zeitgenossen waren — doch ganz nahe auf einander folgten, unter sich in einen offenbaren Widerspruch gerathen seyn.

Ungleich näher kam zwar der Glossator Accursius dem Sinne des Callistratus durch die obige

---

12) „contractus E. V. substantia est, quod emtor viliore „comparandi, venditor cariore distrahendi votum ge„rentes ad hunc contractum accedant."
13) „in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere „contrahentibus se circumvenire" —

zweyte Erklärungsart und die Einschaltung des Wörtchens: maxime.

Allein auch dieser Nachhülfe, die bey aller ihrer Bescheidenheit doch immer auf einiger Willkühr beruht, bedarf es nicht, um unsere Gesetzstelle mit allen übrigen in vollkommene Harmonie zu setzen.

§. 7.

Auch Callistratus gieng nicht undeutlich von dem Grundsatze aus, daß bey dem Rechtsmittel der Restitution ein ganz unbedeutender Schaden nicht in Betracht komme; aber er stellte mit einer ganz geringfügigen Sache eine an sich wirklich nicht geringfügige alsdann parallel, wenn sie mit einer größern als Theil in Verbindung steht.

„Wenn gleich eine Sache an sich nicht geringfügig ist“ — sagt er mit andern Worten — „so „ist sie doch als solche im rechtlichen Sinne zu betrachten — satis minima est — sobald sie mit „einer größern als Theil in Verbindung steht — „si majori rei præjudicetur. — So wenig aber „wegen einer absolut unbedeutenden Sache „eine Restitution Statt findet, eben so wenig „findet wegen einer wirklich nicht unbedeutenden, die aber mit einer größern als Theil in „Verbindung steht, als einer wenigstens rechtlich „unbedeutenden — res secuudum quid mi„nima — die Restitution Statt.“

Es handelt sich daher in unserem Fragmente zunächst gar nicht von einer re minima, sondern von einer re minori, als Theil einer rei majoris, 14)

14) Daß unter major res vel summa keineswegs das jedesmal zum Grunde liegende, dem strengen Rechte

also von einer re minori, die an sich wirklich bedeutend seyn kann, und nur durch eine angestellte Vergleichung wird zugleich auf die Wirkungen einer Restitution in Absicht auf eine rem minimam im eigentlichen Verstande [15]) hingedeutet.

Kurz, der Fall, den sich der Jurist dachte, mag ungefähr folgender seyn:

Ein Minor kauft ein Gut mit allem vorhandenen Vieh — zusammen um 10,000 fl. — Sollte er wegen des Viehs, das nach einem Guts-Inventar zu 2000 fl. berechnet wurde, auch um 1000 fl. verletzt seyn, so kann er doch deswegen nicht restituirt werden, wenn der Kauf im Ganzen von keiner bedeutenden Verletzung zeugt.

Der Schaden, den der Minor am Vieh hat, ist zwar an sich nicht gering, aber er wird insofern für gering angenommen, insofern der Viehverkauf von dem Gutsverkaufe überhaupt nicht getrennt werden kann.

§. 8.

Die Vorzüge, welche diese Erklärungsart vor ihren beyden Schwestern hat, sind wohl nicht leicht zu mißkennen:

1.) Sie hebt alle Widersprüche mit allen andern Gesetzen.

---

nach gültige Rechtsgeschäft — wie Voetius in comment. ad pand. L. 4. t. 1. §. 11. u. Andere glauben — zu verstehen sey, ist klar, weil in diesem Falle der Satz den Grund angeben, folglich nicht hypothetisch gefaßt seyn würde.

15) Wahrscheinlich war davon in dem vorangegangenen Satze ausdrücklich die Rede, denn offenbar ist unsere Stelle — wie ihre Anfangsworte auch schließen lassen, ein bloß fragmentarischer Nachsatz.

2.) Ohne alle Emendation hält sie sich an den ihr einmal gegebenen Text.

3.) Sie setzt einander Begriffe entgegen, die einander wirklich entgegengesetzt sind, und nicht mit den andern Interpreten solche, die es nicht sind, wie rem minimam rei majori.

4.) Sie stellt das Wörtchen „satis", von dem man mit den beyden andern Erklärungsarten nicht wohl annehmen kann, daß es ganz müßig gesetzt sey, [16] in einer besondern sehr natürlichen Bedeutung dar, und zwar

5.) in einer Bedeutung, die ihm auch nach andern Gesetzen, z. B. nach der

L. 27. ff. d. hered. inst. [17])

vollkommen eigen ist. Sie geht

6.) von einer Thesis aus, von der auch andere Gesetze, z. B.

---

16) Dieß aber würde dieses Wörtchen seyn, wenn man es mit valde, admodum für gleichbedeutend halten wollte, da der Superlativ minimus seiner Natur nach keinen Beysatz der Art zuläßt.

17) „Sed si te heredem instituero et deinde eundem te „sub conditione instituam, nihil valere sequentem in„stitutionem, quia *satis plena* prior fuisset."

So wird besonders auch nach L. 1. C. d. comm. rer. alien. (L. 4. t. 52.) eine an sich nicht absolut unerlaubte Handlung unter gewissen Umständen für unerlaubt genug erklärt.

L. 2. §. 46. ff. d. orig. I (1. 2.)
L. 71. ff. d. acq. vel omitt. hered. (L. 29. t. 2.)
L. 15. ff. d. proc. (L. 3. t. 3.)
L. 2. C. ut nemini liceat etc. (L. 10. t. 27.)
L. 66. ff. d. ritu nupt. (L. 23. t. 2.)
L. 6. ff. de pign. act. (L. 13. t. 7.)

S. auch Forstner Obs. succisivarum libri duo L. I. C. 26. bey Otto in s. thes.

L. 34. 35. u. 36. ff. d. ædil. ed. (L. 21. t. 1.[18])
L. 44. ff. de contr. emt. vend. (L. 18. t. 1.)
L. 47. §. 1. ff. de minor. (L. 4. t. 4.)[19])
ausgehen. Sie stellt

7.) der Gesetzstelle im Ganzen dieselbe species unter, welche längst schon von den Glossatoren, obschon nur dem nach ihrer Meynung eingeschobenen einzelnen Satze:

»maxime, si majori rei, vel summæ præjudicetur« —

untergestellt wurde.[20])

Sie folgt

8.) in der Bedeutung, die sie mit den Worten

»si majori rei, vel summæ præjudicetur.«

verbindet, ganz der Umschreibung, die Neratius in der

L. 21. ff. de except. (L. 44. t. 1.)

»Rei majoris pecuniæ præjudicium fieri vi-
»detur, cum ea quæstio in judicium dedu-
»citur, quæ vel tota, vel ex aliqua parte
»communis est quæstioni de re majori.«

davon macht.

Obschon diese Lex deswegen nicht als Commentar über unsere L. 4. ff. d. rest. I. I. gelten kann,

---

18) S. auch L. 33. §. 1. L. 38. §. 14. L. 40. L. 59. 64. §. 1. ff. ibid.

19) L. 29. §. 1. ff. d. min. 25. ann. (L. 4. t. 4.) L. 42. ff. de act. emt. (L. 19. t. 1.)

20) Casus — sagt nämlich die Glosse: „Vendidi minori „plures res, ut frumentum, vinum et oleum et in una „parte speciei fuit deceptus, non propter hoc resti„tuetur; cum aliis speciebus præjudicetur, quia scili„cet petere possum, ut à toto contractu recedatur, „cum unam speciem sine alia non vendidissem.“

weil Neratius vielleicht ein halbes Jahrhundert vor Callistratus lebte, so ist doch zu glauben, daß dieser jene Worte in keiner andern Bedeutung, als in der, die vor ihm schon angenommen war, und die auch an sich sehr natürlich ist, gebraucht habe. Zwar behauptet ein sehr verdienter neuerer Schriftsteller, unsere Lex könne, wie schon Rávardus bewiesen habe, nicht aus der angeführten L. 21. erklärt werden, da der Ausdruck:

„præjudicium fieri“

in der Lehre von Exceptionen eine ganz andere Bedeutung habe, als das Wort „præjudicare,“ das in jener vorkomme.

Allein daß Rávardus diesen Beweis nicht geleistet habe, wird sich Jeder leicht überzeugen. [21])

Unter dem Ausdrucke

„præjudicium fit“ —

ist, wie Rávardus selbst lehrt, der Act verstanden, durch welchen der Prätor dem Judex pedaneus mit der Exceptionsformel zugleich auch die Weisung gab, welche von mehreren miteinander verbundenen Streitfragen zuerst zu entscheiden sey. [22])

So wie der Prätor sagte: judicium dabo — so sagte er auch præjudicium reddam. Præjudicare, oder was eins ist — prius judicare bezeichnet die Handlung des Judex pedaneus, die jene prätorische Weisung in Vollzug brachte.

Sollte einem prædio, oder einer causæ majori kein *præjudicium* geschehen, das heißt, nicht prä-

---

21) S. seine Opera. Franc. 1601. besonders d. præjudiciis. L. duo. L. 2. C. 7. p. 854. u. p. 858—860.

22) L. 16. ff. de except. (L. 44. t. 1.)
L. 18. ff. ibid.
L. 1. ff. fam. ercisc. (L. 10. t. 2.)

judicirt werden, so hat man gerade um ein *præjudicium*, denn man hat, daß über dieses prædium, oder über diese causam majorem vorerkannt werden möchte. 23)

Insofern nun aber eine causa major offenbar darunter leidet, wenn ihr präjudicirt, das heißt, wenn die mit ihr verbundene causa minor vorerörtert, oder — was eins ist — über sie präjudicirt wird, 24) so drückt sich Rävardus wenigstens der Wirkung nach ganz identisch aus, wenn er das Wort „præjudicetur“ mit „noceret“ vertauscht — und also schreibt:

„Si majori rei vel summæ præjudicetur, hoc „est, si propter rem minimam facta restitu„tio *noceret* rei majori.“

§. 9.

Man weiß aus Erfahrung, wie oft uns die Basiliken in Deutung dunkler Gesetze verlassen. Auch hier ist dieß der Fall. Obschon ihr Text von dem lateinischen Original abweicht,

Ἐὰν διὰ μικρὸν πάνυ πρᾶγμα ἢ ποσὸν μεῖζον πρᾶγμα προκρίνηται, οὐ δίδοται ἀποκατάστασις. 25)

so giebt er doch wieder den vorigen Zweifeln (§. 2.)

---

23) S. Rävardus am ang. O. L. 1. C. 11. u. C. 14. p. 828. 829. u. 838. u. Bœhmer Exercit. ad ff. T. 2. Exerc. 36. Cap. 2. §. 18. u. 19.

24) Man übersehe hier nicht die verschiedenen Ausdrücke: es wird einer Sache u. in einer Sache präjudicirt.

25) Das heißt: „Si propter rem valde parvam (folglich nicht, wie nach Fabrot, „minimam admodum rem“) „vel summam majori rei præjudicetur, non conceditur restitutio.“ (S. die Basiliken L. 10. t. 1. Lex 4.)

Raum, ohne die Sache selbst im geringsten näher aufzuklären.

§. 10.

Uebrigens hat zuverläßig auch Hofacker 26) unser Fragment nicht als Beleg des Satzes, daß bey der Restitution Kleinigkeiten nicht in Betracht kommen, sondern als Beleg des sehr verschiedenen Satzes angesehen,

daß außerdem bey einem selbst nicht unbedeutenden Schaden alsdann eine Restitution nicht Statt finde, wenn dadurch einer mitverbundenen größeren Sache Eintrag geschehen würde, denn er sagt: „ut locum habeat restitutio in „integrum, requiritur læsio, modo sit alicu„jus momenti, *nec majori rei*, vel summæ „*præjudicium* fiat.“ und nur bey der letzten Bedingung beruft er sich auf die L. 4. ff. de rest. in int. —

§. 11.

Und so wäre dann statt der §. 1. erwähnten Sätze der Rechtslehrer, die beyde gleich unrichtig sind, der Grundsatz aufzustellen:

„Bey Klagen, die auf die Erfüllung einer „Verbindlichkeit — es sey aus dem Civil- oder prä„torischen Rechte — gerichtet sind, hat der Richter „nur nach Rechtsätzen zu erkennen; bey Kla„gen hingegen, welche die Aufhebung eines „Rechtsgeschäfts aus Billigkeitsgründen des präto„rischen Rechts bezwecken, hat er die Größe, „oder Geringfügigkeit des Streitobjects „zugleich zu berücksichtigen.“ —

---

26) in princ. l. civ. rom. germ. §. 808.

— das Fragment selbst aber so zu übersetzen:

„ich weiß es, daß von einigen der Grundsatz „beobachtet wurde, — scio illud à quibusdam „observatum — es finde keine Restitution „Statt — ne audiatur is, qui in integrum „restitui postulat — wegen einer Sache, oder „Summe — propter rem, vel summam — „die insofern einer ganz unbedeutenden gleich „zu achten ist — satis minimam — insofern „sie mit einer größern Sache, oder Summe „als Theil in inniger Verbindung steht — si „majori rei, vel summæ præjudicetur.“

IV.

Versuch einer neuen Demonstration des mehrfachen Erbrechts der Mehrfach-Verwandten.

§. 1.

Canzler Koch, der sich besonders in der Lehre der Erbfolge die rühmlichsten Denkmäler seines Scharfsinns selbst setzte, konnte nicht umhin, den mehrfachen Descendenten, und den Ascendenten, sofern diese allein succediren, ein mehrfaches Erbrecht einzuräumen. 1)

Nur dann bestritt er es, wenn von der Erbfolge der Ascendenten und ihrer Concurrenz mit des Verstorbenen vollbürtigen Geschwistern und deren Kindern, oder wenn von der Erbfolge entfernterer Collateralen die Rede ist, und zwar allein aus dem Grunde, weil in beyden Fällen nach der

Nov. 118. Cap. 2. und Cap. 3. §. 1.

nur die größere, oder geringere Distanz nach Graden, oder Generationen, bey einer gleichen Distanz nach Graden, oder Generationen aber die Anzahl der Personen — numerus personarum, vel capitum — entscheide.

---

1) In den Grundlinien einer neuen Theorie von der Succession mehrfacher Verwandten. Giessen 1798.

Sollte aber wohl nicht gerade die römische Theorie von der Gradescomputation selbst eine Demonstration gegen diese Kochsche Meynung bilden!

§. 2.

Der große Unterschied zwischen der Bandesduplicität — duplicitas vinculi — [2]) und der Mehrfachheit der Verwandtschaft — multiplicitas cognationis — äußert sich hauptsächlich darin, daß nur diese, nicht aber auch jene die Anzahl der Distanzen nach Graden, oder Generationen in dem Stammbaume vermehrt.

Zwey vollbürtige Brüder — fratres vinculo duplices — können offenbar nicht sagen, daß sie miteinander doppelt im zweyten Grade — einmal vom Vater und das anderemal von der Mutter her verwandt seyen. [3])

Das Widersinnige einer solchen Behauptung fließt schon daraus, weil ebenderselbe Vater und ebendieselbe Mutter, von welchen zwey Bilateralen dieses ihr Verwandtschafts-Verhältniß als von einem gemeinschaftlichen Stamme — stipite communi — ableiten, nur eine Person, nur ein Haupt vorstellen, [4]) das nach der bekannten Regel:

---

2) Die höchst seltene Schrift: Johannes Omeau de jure præcipuo duplicis vinculi. Pictavii 1636. 8. vermocht' ich nicht zur Hand zu bekommen.

3) Cujacius opus paralipomenon. Recitationes ad T. 10. L. 38. digest. de gradibus etc. pag. 369. Von Hugo civilist. Magazin 4. B. 2. Hft. n. 7. S. 184.

4) Harmenopulus promptuarium Juris. Lugd. 1556. L. 4. t. 6. p. 168. „Vir et uxor *gradum non faciunt*, sed sunt velut *una* persona. L. I. §. 15. ff. d. Scto Silan. et Claud. (L. 29. t. 6.)

S. auch v. Hugo am ang. O. S. 187.

„es sind so viele Grade, als Generationen mit
„Ausnahme des stipes communis"
ohnedies gar nicht gezählt wird.

Aber zum Ueberflusse lehrt uns auch die
L. 10. §. 13. ff. d. grad. et aff. et nom. eor. (38. 10.)
ausdrücklich:

„Frater per *utrumque* parentem accipitur,
„id est, aut per matrem tantum, aut per
„patrem, aut per utrumque, id est ex utro-
„que parente eodem, *sed hic numerum* 5)
„*non auget.*"

§. 3.

Ganz anders verhält sich dies mit der Mehrfachheit der Verwandtschaft. Daß diese die Distanz nach Graden, oder Generationen vermehrt, folglich z. B. der doppelt Verwandte — *cognatione duplex* — nach zwey verschiedenen Linien zwey verschiedene Personen vorstellt, leidet aus folgenden Gründen keinen Zweifel:

Bekanntlich darf bey Computirung der Verwandtschafts-Verhältnisse kein einzelner Grad, oder keine einzelne Distanz nach Generationen, vielweniger eine einzelne Reihe solcher Distanzen übergangen werden.

„Nam quoties quæritur,

heißt es in der

L. 10. §. 9. ff. de grad. et affin. etc. (38. 10.)

5) Scilicet: graduum — wie Harmenopulus am angef. O. bemerkt.

„quanto gradu quæque persona sit, ab eo
„incipiendum est, cujus de cognatione quæ-
„rimus et facile invenimus gradus, si *per*
„*singulos gradus* proximum quemque nu-
„meramus."

Also nicht nur die väterlichen, sondern auch die mütterlichen Linien — und auf einer Vereinigung beyder beruht, auf welche Art man sie sich auch denke, die Existenz einer mehrfachen Verwandtschaft — müssen dabey in Betracht gezogen werden.

Was insbesondere die ab- und aufsteigende Linie betrift, so bemerken die Gesetze sehr sorgfältig, daß alle dahin gehörige Verwandtschafts-Benennungen, z. B. die Benennung avus, proavus, nepos u. s. w. mehrfach — jedesmal väter- und mütterlicher Seits — zu verstehen seyen.

„Admonendi sumus,

sagt die L. 3. §. 2. ff. d. grad. et aff. (38. 10.)

„parentum, liberorumque personas *semper*
„*duplari*, avum enim et aviam, *tam pater-*
„*nos, quam maternos* intelligemus, item ne-
„potes, neptesque *tam ex filio*, *quam ex*
„*filia*, quam rationem scilicet *in omnibus*
„deinceps *gradibus* supra infraque sequemur."

Ebenso die

L. 10. ibid.

„Proavus *quadrifariam* intelligitur, est enim
„avi paterni, vel materni pater: item aviæ
paternæ, vel maternæ pater."

§. 4.

Eben dies gilt zwar auch von den einzelnen Benennungen derjenigen Verwandtschafts-Verhält-

nisse, in welchen ein Sohn mit den Collateralen seiner Aeltern steht.

Weil jedoch in der Collaterallinie kein erster Grad gedenkbar ist, sondern die Gradezählung sogleich mit dem zweyten Grade beginnt, [6]) so tritt hier die Verschiedenheit ein, daß nur die Verwandtschafts-Benennungen des dritten und der weitern Grade im eigentlichen Sinne eine mehrfache Bedeutung haben.

So schreibt z. B. Paulus vom Patruus in der angeführten

L. 10. §. 14.

„Patruus est patris frater, et ipse dupliciter „intelligendus est, *ex patre, vel matre.*“ [7])

und vom patruus magnus:

„*quatuor personas id nomen amplectitur.*“

und ob zwar nach diesen Fragmenten mehrere verschiedene Personen väterlicher, oder mütterlicher Seits, welche, da jede eine eigene Distanz nach Graden bildet, natürlicher Weise auch die Anzahl der Grade in dem Stammbaume vermehren, vorausgesetzt werden, [8]) so ist doch kein Grund einzu-

6) L. 1. §. 1. ff. d. grad. et affin. (38. 10.)

7) eben so vom Avunculus: „Avunculus est matris fra- „ter eadem significatione, qua in patruo diximus.“ Siehe auch den Codicem Leg. Wisigothorum L. 4. bey Georgisch in Corp. I. Germ. antiqui. pag. 1953.

8) Auch in der Ecloga der Basiliken heißt es nach Leunclavius L. 28. in dem Titel de gradibus cognationis pag. 276: „Cæterum hæc ex transverso cogna- „tio in duo dividitur, in eos, qui per sexum mascu- „linum, et qui per fœmineum nobis conjunguntur. „*Quaelibet autem cognationis series varios et diversos* „*gradus habet.*“

sehen, warum nicht eben sowohl auch in dem Falle die Anzahl der Grade nach gewissen Verhältnissen vermehrt werden sollte, wenn sich in einer und derselben Person mehrere Verwandtschafts-Benennungen vereinigen.

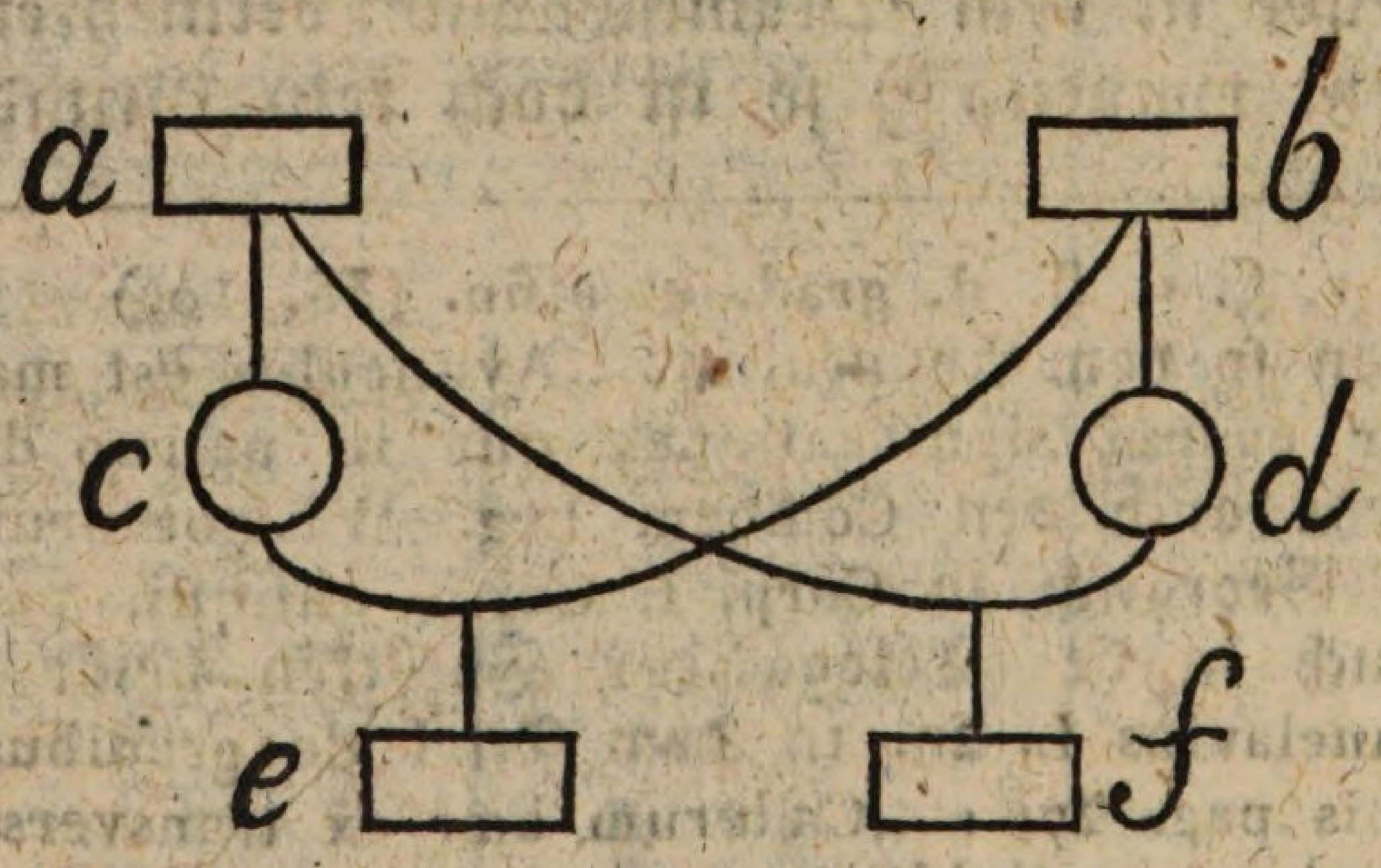
Indem Paulus in einem solchen Falle nach ebendemselben §. 14. der angeführten L. 10. in welcher er die Absicht hat, sämmtliche Verwandtschafts-Benennungen des dritten Grades aufzuzählen, dem mehrfach Verwandten nach jeder seiner Beziehungen die bestimmte dritte Gradeszahl auf das unzweydeutigste besonders beylegt, führt er sogar mehrere Beyspiele von mehrfachen Verwandtschaften als eben so viele einzelne Fälle an, in welchen der dritte Verwandtschaftsgrad mehrfach zu verstehen sey.

„*Evenit id*,

fährt nämlich Paulus daselbst fort:

Erstes Beyspiel.

„si mulieres — nach der hier beygefügten Tafel

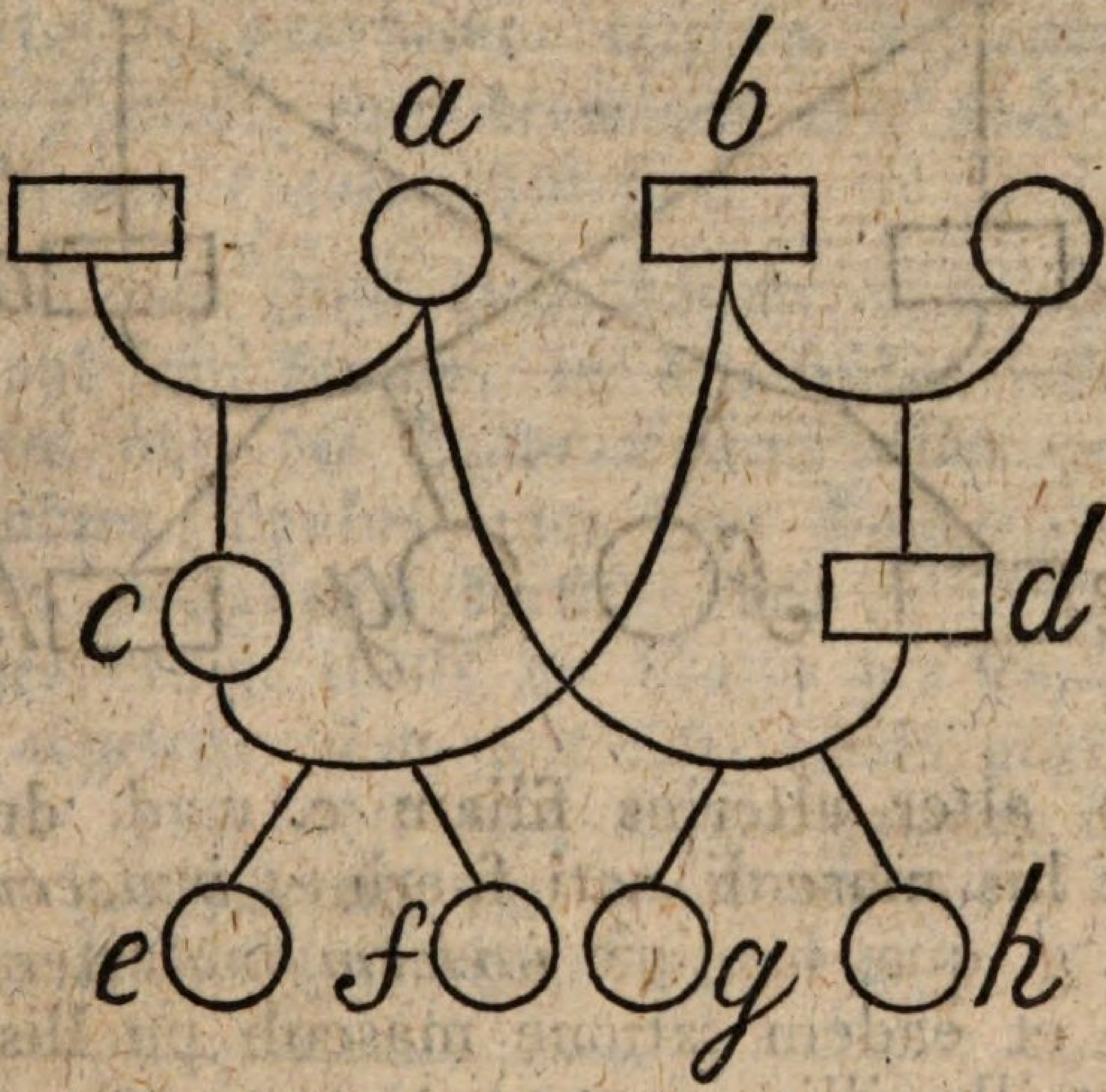


a. u. b. „altera alterius filio c. u. d. nupserit, nam „qui ex his masculi nati fuerint, e. u. f. *in vicem*

„*patrui sunt, quæ fœminæ invicem amitæ*: item „masculi fœminis similiter patrui, fœminæ illis „amitæ. 9)

Zweites Beyspiel.

„Si vir et mulier a. u. b.



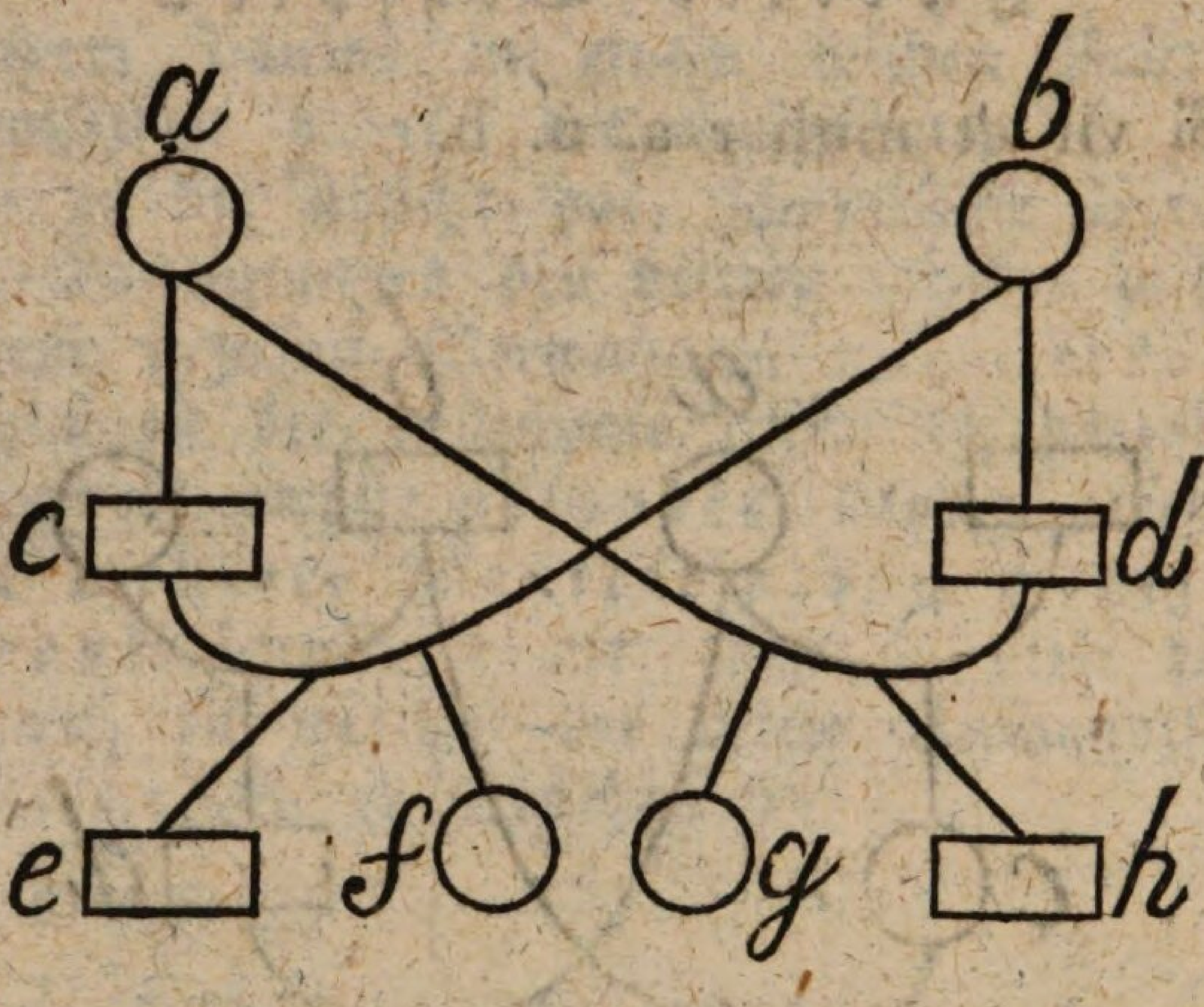
„ille a. filiam ejus d. duxerit, illa b. filio ejus c. „nupserit, qui ex patre adolescentis c. nati g. h. „erunt, ex matre puellæ d. natos e. f. fratris „filios, illi e. f. eos g. h. patruos et amitas ap„pellabunt."

---

9) Dieses Beyspiel enthält den Stoff zu dem Räthsel im Göttinger Taschen-Calender vom Jahr 1792.

Drittes Beyspiel.

„Avuneulus est matris frater, *eadem signifi-*
„*catione, qua in patruo* diximus. Contigit, si duo viri



„a. u. b. alter alterius filiam c. u. d. duxerint, „qui ex his masculi nati fuerint, *invicem* avun-„culi f. g. quæ fæminæ *invicem* materteræ e. h. „erunt, et eadem ratione masculi puellis avun-„culi, et illæ illis erunt materteræ. 10)

§. 5.

Hat nun nach der bisherigen Ausführung die Mehrfachheit der Verwandtschaft zu Folge der römischen Theorie über Grades-Computation das Eigenthümliche, daß sie zum Unterschiede der duplicitas vinculi eine Vermehrung der Distanzen nach Graden, oder Generationen in dem Stammbaume bewirkt, oder mit den Gesetzen zu

10) S. Cujacius am angef. O. p. 370.

sprechen, daß sie die bestimmte Distanz nach Graden, oder Generationen mehrfach — jedesmal nach der väterlichen sowohl, als mütterlichen Linie betrachtet — in sich faßt — gradus numerum auget — so folgt von selbst, daß sie auch in der Erbfolge, bey welcher die Novelle 118. [11]) dieselben Grundsätze von Grades-Computation zum Grunde legte, wirksam ist, mithin der mehrfach Verwandte mehrere Distanzen nach Graden, oder Generationen in sich vereinigt, das heißt, mehrere Personen, oder Häupter vorstellt, eben deswegen aber auch mehrere Erbsportionen anzusprechen hat.

Denn daß Justinians Absicht nicht war und nicht wohl seyn konnte, in den früher bestandenen Principien über die Grade-Computation — so wie sie besonders Paulus nach dem Pandectentitel L. 38. t. 10. ausführlich darstellt, das mindeste zu ändern, dies bringt theils die Natur der Sache, woraus sie abgeleitet sind, mit sich, theils geht es aus der Nov. 118. selbst und deren Fassung im Ganzen, die hauptsächlich nur die Aufhebung des früheren Unterschieds zwischen Agnaten und Cognaten,

11) Nach den ältern römischen Successionsarten, wo es auf Suitäts-Agnations- und Cognations- oder Gentilitäts-Ordnungen ankam, konnte freylich von einem mehrfachen Erbrechte der mehrfach Verwandten nie die Rede seyn. S. auch v. Hugo am angef. O. S. 206. Daher ist es auch gar nicht auffallend, warum in den Fragmenten der alten Classiker der Mehrfachheit der Verwandtschaft nur in der Lehre von der Grades-Computation Erwähnung geschah. Bey der prätorischen Bonorum Posses. unde Cognati allein hätte der Fall eines mehrfachen Erbrechts sich ereignen können, und da bey ihr ebenfalls die Grade die Entscheidung gaben, so wäre bey einem eingetretenen Falle auch höchstwahrscheinlich darauf erkannt worden.

Emancipirten und Nichtemancipirten bezweckte, besonders aber auch aus den Worten ihrer Präfation, die nach der Uebersetzung von Hombergk also lautet:

„*Cum* multas et diversas leges antiquis tempo-„ribus promulgatas *inveniamus, per quas diffe*-„*rentia* successionis ab intestato *inter agnatos* „*et cognatos non juste* introducta est, necessa-„rium duximus, hac lege omnes simnl succes-„siones cognationis ab intestato clara et com-„pendiosa distinctione definire, *ut cessantibus* „*legibus, quœ hac de causa latœ sunt, imposte*-„*rum ea solum serventur, quœ nunc definimus.*"

klar hervor. 12)

§. 6.

Von einem richtigen Grundsatze gieng zwar auch der unbekannte Verfasser des Schwabenspiegels Cap. 256. nr. 1. aus:

„In dem Haubt ist bescheyden Mann und Weib. „Da ist nit Zweiung — (nach Senkenberg: in iis non est duplicitas) — wenn es „nit, denn eyn leib. Seyt das Haubt das „obrist Stück ist an Leyb, davon ist der Mann „und seine Ehefrau bezeichnet an dem Haubt.

Offenbar unrichtig hat er aber diesen Grundsatz in der darauf folgenden Stelle:

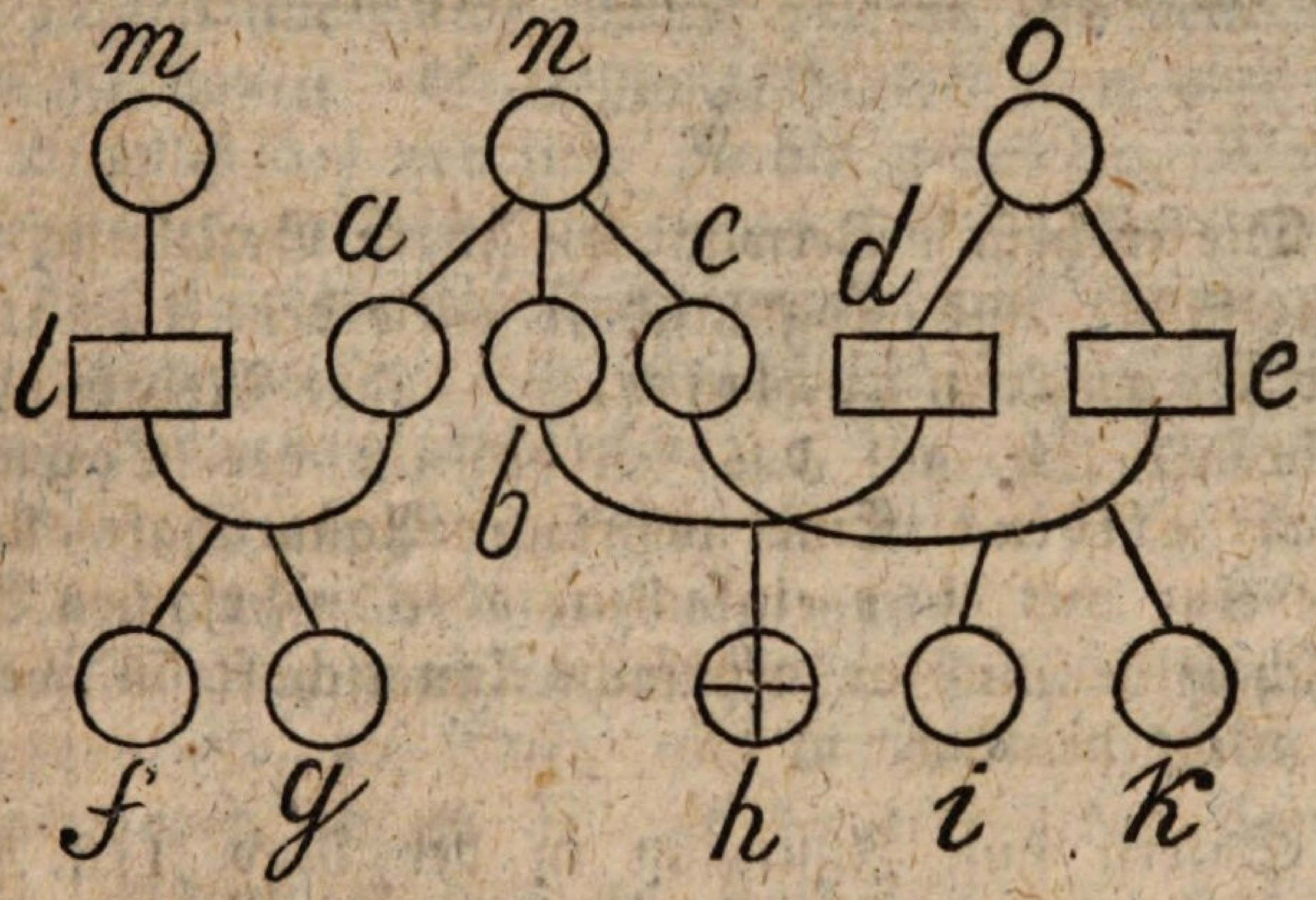
„Nement auch zween Brüder zwo Schwestern „und nymt der dritt Bruder ein fremdes Weib, „ihr Kind sind doch gleich eynander in der

---

12) Auch findet sich weder in dem Instit. Titel de gradibus cogn. (3. 6.) noch in irgend einer Verordnung der Imperatoren die mindeste Spur einer Aenderung in den früheren Principien.

„Sipp und nement auch das Erbe under eyn-
„ander geleych, ob 13) sie unebenbürtig 14) seind.
„Und also hebent Geschwistriget dye Zal der
„ersten Sipp die man zu Magen rechnet. Das
„widerredent wenig Leut und muß es doch wahr
„seyn vor den rechten Meistern." 15)

auf das Verhältniß zwischen den Kindern hier nach der Tafel



13) ob bedeutet hier: wenn — si — Senkenberg Corpus I. Germ. publ. priv. T. 2. Sect. 1. p. 302. u. Wachter in Gloss. Germ. sub voce ob pag. 1155.

14) andere Codices lesen: ebenbürtig. S. Senkenberg am angef. O. Tom. 2. Sect. 2. p. 3. Ueber die Bedeutung dieses Worts s. ibid. u. zwar in Glossario des Hieronymus von der Lahr T. 2. Sect. 2. p. 19. auch bey Wachter l. c. p. 330.

15) Eine ähnliche Stelle findet sich in dem Sachsenspiegel 1. B. 3ter Art. Ebenso auch in dem Stadtrechte von Zittau in der Oberlausitz von 1567. S. 120. (s. Schott Sammlungen zu dem deutschen Land- u. Stadtrecht. 1. Th. S. 89.) Ob sie aber auch schon in den frühern Statuten jener Stadt von 1358. 1510.

h. i. k. zweyer Geschwistrige b. c. die sich mit zwey Geschwistrigen d. e. verehlichten, und den von einem fremden Ehegatten l. erzeugten Kindern f. g. angewandt, indem er sämmtliche Kinder f. g. h. i. k. in eine gleiche Categorie setzte, da doch in diesem Falle die vier Geschwister, die einander heiratheten, b. c. d. u e. nicht als zwey gemeinschaftliche Stämme, sondern nur als Mittelspersonen in Betracht kommen, von welchen nach römischer Computation jede ein abgesondertes Haupt vorstellt. 16)

§. 7.

Die mehrfach Verwandte sind in Beziehung auf Agnatschaft und Cognatschaft entweder Agnaten und Cognaten zugleich, oder ihre Mehrfachheit beschränkt sich auf das Verhältniß der Cognatschaft allein. Eine mehrfache Agnatschaft allein, oder eine mit einer einfachen, oder mehrfachen Cognatschaft verbundene mehrfache Agnatschaft sind beyde gar nicht denkbar.

Sofern nun Justinian in der Nov. 118. wie die Rechtslehrer sich gewöhnlich ausdrücken, allen Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben hat, sofern scheint auch die Verbindung des agnatschen Verhältnisses mit dem cognatschen, oder die Verbindung mehrerer cognatschen Verhältnisse kein mehrfaches Erbrecht zu begründen, vielmehr

---

u. 1548. wovon das erste in dem dortigen Archive aufbewahrt seyn soll, zu lesen sey, steht dahin Selbst in diesem Falle ist sie höchstwahrscheinlich aus einem der Spiegeln geschöpft, die vor 1358 längst existirten.

16) In dem hier gegebenen Falle einer doppelten Verwandtschaft sind die zwey in Betracht kommenden Stammeben m u. o, die 4 Glieder beyder stellen aber nur zwey Häupter oder zwey Personen vor.

jede entgegengesetzte Thesis gerade auf der Beobachtung desselben Unterschieds zu beruhen. Allein nach der Geschichte der römischen Erbfolge und dem wahren Sinne der Nov. 118. ist diese Argumentation nichts weniger, als richtig.

Cognatio war in der römischen Sprache die natürliche Verwandtschaft; Agnatio die bürgerliche. 17) Nur die letzte hatte sich derjenigen Rechte zu erfreuen, welche das positive Gesetz verlieh. Der ersten kamen nur solche Rechte zu, die aus dem Naturrechte floßen. Successionsfähigkeit war aber für ein Ausfluß des positiven Rechts gehalten. Daher gebührte, wenn keine sui heredes vorhanden waren, nur den Agnaten ein Erbfolgerecht, und die Cognaten, unter welchen kein bürgerlicher Nexus bestand, waren davon ausgeschlossen.

Diese harten Grundsätze, die in der Folge sogar auf agnatische Weibspersonen ausgedehnt wurden, milderten zwar nach und nach die Prätorischen Senatusconsulte, die Edicte und die Constitutionen der Imperatoren, indem sie auch der weiblichen Agnatschaft und unter gewissen Umständen der Cognatschaft bürgerliche Wirkungen in Absicht auf die Erbfolge, die sie der natürlichen Billigkeit mehr anzupassen suchten, 18) einräumten; allein alles geschah

---

17) §. 1. I. de legit. agn. tut. und daselbst Theophilus in s. paraphr. L. 10. §. 4. ff. d. grad. et aff. (38. 10.)
L. 4. §. 2. ff. eod.
Coll. Mos. et rom. leg. t. 16.
Binkershoek Obs. L. 2. C. 1. p. 108.
Glück von der Intestaterbf. §. 14. S. 40.

18) L. 4. C. d. liber. præter. (6. 28.) „Qui tales differentias inducunt, quasi naturæ accusatores existunt, „cur non totos masculos generavit, ut unde generentur, non fiat."
L. 14. penult. C. d. leg. hered. „nullo discrimine

nur stückweise und die Hülfe war so lange nicht erschöpfend, bis endlich Justinian ein so ungerechtes System, [19]) das sein Gepräge als das Werk von Männern, die auf Kosten des andern Geschlechts das ihrige zu begünstigen suchten, [20]) so sichtbar auf der Stirne trug, ganz verwarf, die Erbfolge auf bloß natürliche Grundsätze zurückführte, [21]) und aus dem auch wirklich sehr natürlichen Grunde einer gleichen Mitwirkung der zwey verschiedenen Geschlechter zur Generation [22]) die Verord-

---

„sexus in successionibus habito, cum natura utrumque „corpus ediderit, ut maneat suis vicibus immortale, „et alterum alterius auxilio egeat, et uno semoto et „alterum corrumpatur."

§. 15. I. d. hered. q. ab int. def. (3. 1.). „Divi prin„cipes non passi sunt talem contra naturam injuriam — (nach Theophilus tantam absurditatem) sine emenda„tione relinquere."

§. 3. I. de legit. agnat. succ. „Prætor id, quod natu„ra æquum est præ oculis habens bonorum possessio„nem: unde cognati fœminis pollicitus est."

19) als Grund davon wird §. 3. Inst. d. leg. agn. succ. angegeben: „quod *commodius* videbatur, ita jura con„stitui, ut plerumque hereditates ad masculos conflue„rent."

20) Allerdings mag auch der politische Kampf zwischen den Patriziern und Plebejern Antheil daran gehabt haben. S. Griesinger Geschichte und neue Theorie der Suität. §. 28—32. S. 207.

21) Gudelinus d. jure noviss. C. 15. n. 8. p. 74. u. C. 14. n. 2. p. 71.

Koch succ. ab int. §. 6.

22) Nov. 118. C. 4. „Unum ordinem in omnibus po„nimus non ferentes fœminam à masculo in talibus „minui. Neque enim masculus ipse in se, neque fœ„mina solum ad nativitatis procreationem sufficiens est, „sed sicut utrumque eorum coaptavit Deus ad gene„rationis opus, ita etiam nos *eandem utrique servamus* „*æqualitatem*."

S. auch Cap. 5. ibid. u. die Nov. 21.

nung machte, daß die Agnaten gleich den Cognaten nur unter dem beyden Abarten gemeinschaftlichen Begriffe der natürlichen Verwandtschaft stehen, auch die Erbfolge selbst nur nach diesem gemeinschaftlichen Begriffe — das heißt — unter entfernteren Seitenverwandten nach der Zahl der Grade, durch welche die Blutsgemeinschaft mit dem gemeinschaftlichen Stammvater, entweder von einer — oder mehreren Seiten betrachtet, bis zum Erblasser führt, bestimmt werden solle. 23)

Wie sollte nun nach diesen Voraussetzungen die Aufhebung des Unterschieds zwischen bürgerlichem und natürlichem Verwandtschafts-Nexus — agnatio und cognatio — dem mehrfachen Erbrechte der Mehrfachverwandten mehr im Wege stehen! Offenbar würde vielmehr gegen Justinians Verordnung jenem Unterschiede noch Raum gegeben, das heißt — die Vererbung nicht nach dem bloß natürlichen Begriffe von Verwandtschaft — sofern er nämlich den Agnaten und Cognaten gemeinschaftlich zukömmt, geschehen, wenn der Mehrfachverwandte nicht zu einer mehrfachen Concurrenz zugelassen, sondern ihm in der einen, oder der andern seiner verschiedenen Beziehungen ein Civilerbfolge-Nexus in Ansprache genommen werden wollte.

Justinian bezweckte — indem er den Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten aufhob, und beyde einander gleichstellte, den Vortheil der letz-

---

23) Avth. C. post fratres etc. d. leg. hered. „Sublata „differentia masculorum et fœminarum *sola cognatio* — und nach der Avth. C. d. suis et leg. hered. — *sola* „*naturalis causa* spectatur." Ebenso auch der Brachylogus legum. P. 2. t. 33. „Solus *gradus sanguinis na*„*turalis* spectatur."

tern. Umgekehrt würden sich aber die Agnaten zu ihrem Vortheile auf jene Verordnung berufen, wenn sie darauf gegen die Cognaten die Behauptung gründen könnten, daß die Verbindung des agnatschen Verhältnisses mit dem cognatschen, oder die Verbindung mehrerer cognatschen Verhältnisse nach Justinians Gesetzgebung hier nicht Platz greife. Ein Gesetz, das gewissen Personen eine wechselseitige Gleichstellung zusichert, in seiner uneingeschränkten Anwendung aber denen, welchen durch die Gleichstellung geholfen werden sollte, zum Nachtheile gereichen würde, ist nach allen Regeln der Hermeneutic restrictiv zu erklären. 24)

§. 8.

Der Einwurf, daß wenn einem mehrfachen Erbrechte der Mehrfachverwandten Statt gegeben würde, die Cognaten besser daran wären, als die Agnaten, bey welchen sich eine mehrfache Agnatschaft allein gar nicht denken lasse, ist wohl kaum zu erwarten.

Genug, daß Justinian den widernatürlichen Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten zu Gunsten der letzten ganz aufhob; aber man erwäge noch besonders, daß das mehrfache Erbrecht der Mehrfachverwandten auch ausschließlich unter Cognaten zur Sprache kommen kann, daß, wenn schon eine mehrfache Agnatschaft gar nicht denkbar ist, doch die Agnaten um Nichtsweniger, als die Cog-

24) L. 25. ff. d. leg. „Nulla juris ratio aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra eorum commodum producamus ad severitatem." L. 19. C. d. fide instrum. (22. 2.) L 8. pr. §. 8. ff. de transact. (2. 15.)

naten, mehrfach mit einem Erblasser verwandt seyn, und nach verschiedenen Linien zugleich als Cognaten in Betracht kommen können, und daß, so oft dies der Fall nicht ist, sich dagegen ihre Erbhofnungen durch Verheirathungen und Geschlechtsfortpflanzungen zwischen Personen von fremden Familien erweitern, eine Erweiterung, die bey mehrfachen Cognaten, deren Existenz Verheirathungen und Geschlechtsfortpflanzungen zwischen verwandten Personen voraussetzt, ohne auch einem mehrfachen Erbrechte entgegenzusehen, nicht Statt finden, und die also gegen Justinians erklärte Absicht gerade umgekehrt die Cognaten in eine nachtheiligere Lage setzen würde.

§. 9.

Der Mehrfachverwandte — er sey nun entweder Agnat und Cognat zugleich, oder seine Mehrfachheit beschränke sich auf ein mehrfaches Verhältniß der Cognatschaft allein, vereinigt in sich, sofern es ihm an den übrigen Requisiten nicht fehlt, mehrere Successionsfundamente vollständig. Weit entfernt, sein agnatisches Verhältniß mit seinem einfachen, oder mehrfachen cognatischen Verhältnisse, oder seine mehreren cognatischen Verhältnisse miteinander in der Maße zu verbinden, daß er etwas, was ihm etwa in der einen seiner Beziehungen abgienge, aus der andern zu ergänzen suchte, trennt er vielmehr selbst sehr sorgfältig seine verschiedenen Beziehungen und spricht gerade aus dieser Trennung eben so viele verschiedene und von einander ganz unabhängige Erbsportionen an. Er verlangt auch nicht, einen andern Verwandten desjenigen Grads, der ihm nach seinen mehrfachen Beziehungen zukommt, auszuschließen, denn sein Anspruch ist auf keine höhere Successionsklasse, sondern nur dar-

auf gerichtet, in gleicher Klasse mit ihm mehrfach zu concurriren. Ja, ist der Einfachverwandte mit dem Erblasser näher verwandt, als z. B. der Zweyfachverwandte es nach der einen seiner Beziehungen ist, so weiß sich dieser gar wohl zu bescheiden, daß er die dem Grade nach vorzüglichere nicht auch auf die andern übertragen und aus dieser Uebertragung eine zweyfache Concurrenz gegen seinen Mitprätendenten ansprechen, vielweniger ihn ausschließen kann.

Daher paßt auch der Fall, den Canzler Koch in seiner Schrift: Bonorum Possessio. Giessen 1799. §. 18. S. 211 bis 216 aus Averans Interpretationen L. 1. Cap. 13. anführt, hieher gar nicht. 25)

§. 10.

Der Grund, auf welchen Koch seine Theorie besonders stützt, (§. 1.) ist theils überhaupt ohne Bedeutung, theils widerlegt ihn schon sattsam die obige Entwicklung: (§. 2—5.) Die Lehre von der Intestaterbfolge beschäftiget sich hauptsächlich mit zweyerley Gegenständen. Sie bestimmt nicht nur die Ordnung, sondern auch die Art, wie succedirt werden soll. Mittelst der Ordnung ruft sie in bestimmten Fällen bestimmte Personen zur Erbfolge; mittelst der Art setzt sie die Theile fest, nach welchen

---

25) Es glaubte nämlich ein Agnat, der zugleich Cognat war, diese seine beyden Eigenschaften verbinden zu können, um einen dritten näheren Cognaten von der prätorschen Erbfolge auszuschließen, da das zum Grunde gelegene Municipalrecht, vermöge dessen die Agnation nach dem 10ten Grade unwirksam war, bey ihm seine Anwendung fand, obschon übrigens daran, daß der Agnat als solcher auch ohne Rücksicht der Nähe des Grads den Vorzug habe, nicht gezweifelt wurde.

zu succediren ist. Die Frage über die Art setzt die Frage über die Ordnung voraus. Die verschiedene Art zu theilen, ist immer von dem verschiedenen Rechte zu succediren abhängig, und es müssen so viele Erbtheile gemacht werden, als verschiedene Erbrechte sind. Offenbar kann daher die Frage, ob ein Mehrfachverwandter sich eines mehrfachen Erbrechts zu erfreuen habe, nicht aus den Gesetzen über die Art zu theilen entschieden werden; denn sein Erbrecht vervielfältiget sich nicht vermöge der Theilungsart, sondern vermöge des Rechts zu succediren. Aber selbst auch mit den Gesetzen über die Art zu theilen, steht unsere Lehre in der vollkommensten Harmonie.

Der Art nach succediren mehrere 26) Personen entweder in Linien, oder in Stämme, oder in Häupter. Die Art der Erbfolge in Linien, die in der Nov. 118. Cap. 2. ihren Grund hat, ist bloß bey der Erbfolge der Ascendenten, sofern sie allein concurriren, anwendbar. In den übrigen Successionsfällen hat entweder die Erbfolge in Stämme, oder Häupter Statt. So oft aber auch in den Gesetzen verordnet wird, daß in bestimmten Fällen in Häupter succedirt werden soll, so oft ist solches nicht absolut, sondern nur im Gegensatze der Erbfolge in Stämme zu verstehen. Selten heißt es auch in den Gesetzen nur: es wird in Häupter succedirt, sondern immer beynahe ist der Beysatz: „Nicht in die Stämme" gemacht. 27)

---

26) Rotgersius de successione legitima in apodict. demonstrationibus ad illustrandum jus Rom. comparatis. Lugd. Bat. 1737. Cap. 5. §. 3. p. 170. u. Cap. 5. §. 19. p. 183.

27) Z. B. s. Fragm. 12. tab. 1. 20. §. 19.
Caji Instit. L. 2. t. 8. §. 3. u. 7.
Frag. Ulp. tit. 26, §. 2.

Wenn daher die Novelle 118. bey Bestimmung der Erbfolge entfernterer Collateralen sagt:

„Si autem plurimi ejusdem gradus invenian-„tur, secundum personarum numerum inter „eos hereditas dividatur, quod in capita nostræ „leges appellant.“ —

so will sie damit unter denselben nur die Erbfolge in Stämme ausschließen, keineswegs aber verordnen, daß ein Mehrfachverwandter unter keinerley Umständen eine mehrfache Erbsportion erhalten soll. Die Frage über einen solchen Fall scheint zwar die Stelle unberührt gelassen zu haben; aber da — wie oben ausgeführt wurde — dieselbe Novelle bey ihren Bestimmungen diejenigen allgemeinen Grundsätze, welche der Pandectentitel de gradibus et affin. et nominibus eorum an die Hand giebt, als gesetzliche Norm voraussetzt, so kann auch den Worten:

Si autem plurimi ejusdem gradus etc. —

jene beschränkte Deutung nicht gegeben werden.

Allerdings entscheidet sich das Erbrecht des mehrfachen Seitenverwandten durch seine größere, oder geringere Distanz nach Graden, oder bey einer gleichen Distanz nach Graden durch die Anzahl der Personen, oder Häupter — secundum numerum personarum, quod in capita leges appellant — aber so, daß seine Grade von jeder der mehreren

Pauli rec. sent. L. 3. t. 2. §. 3.
L. 14 u. 15. §. 3. C. de leg. hered. (6. 58.)
L. 2. C. d. suis et leg. (6. 55.)
Avth. C. post fratres etc. d. leg. her. (6. 58.)
§. 3. I. d. success. libert. (3. 8.)
§. 4. I. d. leg. agn. tut. (1. 15.)
§. 6. et ult. Inst. d. her. q. abint. def. (3. 1.)
Basil. L. 49. t. 1. in F.

Seiten in Betracht kommen — augeatur numerus graduum — (§. 3.) daß er von der einen sowohl, als von der andern Seite als näherer Verwandter des Erblassers seine Mit-Erbprätendenten ausschließen kann, daß er bey einer gleichen Distanz nach Graden — was auch nach der L. 9. ff. de pactis keinen Widerspruch enthält — eine mehrfache Person, ein mehrfaches Haupt vorstellt, 28) folglich auch einen mehrfachen Erbtheil erhält.

Rotgersius hat übrigens längst die eben so scharfsinnige, als richtige Bemerkung gemacht, daß die drey angegebenen Successionsarten nicht vollkommen erschöpfend seyen. 29)

Wer wollte z. B. von einem einzigen Erben sagen, er erbe nach einer jener Successionsarten! Er erbt vielmehr ex asse. —

Immer mag also auch der gegenwärtige Fall einer der mehreren seyn, in welchen keine der drey Successionsarten ihre absolute Anwendung findet.

Und womit sollte sich auch die Kochsche Behauptung rechtfertigen, daß bey der Vererbung in Häupter eine confusio linearum vorgehe?

---

28) Was Hotoman, obschon in einer andern Beziehung, sagt, paßt vollkommen hieher: „neque persona gradus „est, neque gradus persona, sed *persona est in gradu.*“ S. s. opera. Tom. I. Disp. de gradibus cognat. Cap. I. pag. 443.

29) l. cit. Cap. 5. §. 19. p. 183. „Imo nec ad illa, quæ „de succedendi modis commentatus sum, standum esse „autumo, cum certum sit, nostras divisiones etiamnum „laborare defectu; sunt enim nonnulli casus, ubi suc„cedentibus plurimis personis nulli ex tribus succe„dendi rationibus potest esse locus. Tot quidem verbi „gratia fiunt hereditatis partes, quot sunt personæ suc„cedentes; sed necesse non est, illis partes tribui „æquales.“ —

Doch wohl nicht aus der Novelle 118, welche die Erbfolge der entfernteren Seitenverwandten durch die nähere, oder gleich nahe Distanz vom Erblasser den Graden, oder Generationen nach, durch deren Reihen die Linien gebildet werden, bestimmt?

Wie kann die Distanz nach Graden abgemessen, wie können die Grade gezählt werden, wenn eine confusio linearum, die doch selbst nur durch die einzelnen Generationen, oder Grade als Linien gedacht werden, vorgienge!

Wenn eine dergleichen Behauptung je Statt finden könnte, so würde sie noch eher in solchen Fällen Statt finden, wo kraft des Repräsentationsrechts succedirt wird. Aber in allen und jeden Fällen ist sie eine leere Fiction. 30)

§. 11.

Der Kochschen Theorie steht nicht nur eine große Reihe älterer und neuerer Schriftsteller, — (sie findet sich hier in einem besondern Nachtrage) — sondern auch selbst das Gesetzbuch der Oesterreichschen Staaten von Kayser Joseph II. 1786. §. 21. S. 788. entgegen:

„Ist Jemand dem Erblasser von mehr als einer „Seite verwandt, so genießt er von jeder Seite „dasjenige Erbrecht, das ihm als einem Verwand„ten insbesondere betrachtet zukömmt.“ —

eine Bestimmung, welcher auch der französische Codex nachgieng, wenn er nach der Uebersetzung von Daniels, Cölln 1810. S. 186. sagt:

30) Beyläufig habe ich diesen Einwurf auch beantwortet in der Abhandlung über die Ascendentenfolge nach Longobardischem Lehenrechte. Stuttgart 1804. S. 76—84.

„Jede den Ascendenten, oder Seitenverwandten „zugefallene Erbschaft wird in zwey gleiche Theile „getheilt; die eine Hälfte erhalten die Verwandte „der väterlichen — die andere der mütterlichen „Linie. Die Verwandte von einer Seite allein — „es sey von der mütterlichen, oder väterlichen — „werden durch die Verwandte von beyden Sei„ten nicht ausgeschlossen, sie gehen aber nur in „ihrer Linie zur Theilung, jedoch ohne Nachtheil „der im 752sten Artikel vorkommenden Bestim„mung. Verwandte von beyden Seiten „gehen in beyden Linien zur Theilung."31)

Nachtrag

zum §. 11. der vorstehenden Abhandlung.

Averanius Interpretationes Juris L. 1. Cap. 13. §. 14.

Bayer delineatio J. civ. Inst. L. 3. n. 2. 38. pag. 157. u. 167.

Augustinus Barbosa thes. locor. communium editio quarta. Lipsiæ 1707. sub voce successio. th. 19. pag. 325.

Bœhmer de actionibus und zwar in dem Anhange: Positiones de successione abintestato. §. 24. pag. 813.

Carpzov jurisprud. for. P. 3. Const. 18. Def. 26.

31) Textor de cognatione multiplici ejusque effectibus quoad successionem abintestato secundum jus rom. civ. et Cod. Napol. civ. Tub. 1809. und selbst auch v. Hugo am angez. O scheinen diese Stelle mißverstanden zu haben.

Dabelow System der heutigen Civil-Rechtsgelahrtheit. §. 1945.
Goswinus ab Esbach ad Carpzovium P. 3. C. 18. def. 26.
Estor deutsche Rechtsgel. 2. Th. §. 3015.
Gundling Disc. über die Pandecten. L. 38. t. 15. p. 2061.
Halbritter Diss. de Success. ab intest. Tub. 1621. §. 31.
Hermann Unterricht von der Erbfolge ab intest. S. 385. §. 20.
Harpprecht comment. Inst. L. 3. tit. 1. nr. 453.
Hommel promptuarium I. Bertochianum. T. 2. §. 13. pag. 1891.
Hesser de acquæstu conjugali. P. 2. loco. 8. nr. 60.
Hopp comment. ad Instit. Justin. L. 3. t. 1—9. pag. 551.
Lauterbach colleg. theor. pract. L. 38. tit. 17. §. 22.
Lobethan von der Erbfolge. S. 30. §. 18. nr. 3.
Ludovici doctrina pandectarum. L. 30. t. 1. §. 13.
Ludolf systematische Entwicklung der Lehre von der Intestaterbfolge, nach römischen u. heutigen Rechten. Halle 1794. §. 153.
Luder Menken Gymnasium polem. Juris. pag. 360. §. 7. n. c. und in theoria et praxi pandect. T. 2. pag. 1061. §. 17.
Müller additiones ad Struvii Synt. I. civ. P. 2. Exercit. 38. L. 38. not. E.
Ort Anmerkungen zur Frankfurter Reformation. 3. B. S. 515.
Plebst ad I. Prov. Würtemberg. P. 4. §. 144. p. 467.
Richter expositio avthenticarum P. 2. ad avth. L. 6. t. 58. C. pag. 284. nr. 10. und tractatus de jure et ord. succed. ab intest. L. 3. nr. 4. nr. 26.

Rother ad pand. Tom. 2. pag. 1144. §. 13. und in tabula cognat. ad p. 1136. fig. 8.
Schœpffer Syn. I. Pr. L. 38. t. 13. pag. 508. nr. 39.
Schott unpartheyische Critik. 7. Bd. S. 753. nr. 2.
Struv. Synt. I. civ. Exercit. 38. th. 36. und jurisprud. for. L. 2. t. 30. §. 22.
Stryk Successio ab intest. Diss. 3. Cap. 1. §. 27.
Joh. Peter Surdus Consil. 119. nr. 21.
Titius erörterte Successionsfälle aufs neue herausgegeben von Maier. Nürnberg 1763. nr. 61. S. 93.
Weißhaar Würtemb. Privatrecht. Stuttgart 1805. 2. Th. §. 607—9. S. 139.
Wernher lectiss. Commentat. T. 2. pag. 1137. §. 18.

V.

Ueber Stempelpapier nach Justinianschem Rechte.

Ein Bruchstück.

Wer sollte es wohl glauben, daß Stempelpapier, das gewöhnlich für eine Erfindung Belgiens ausgegeben wird, [1]) unter ähnlichen Modificationen, als es heutzutage in manchen deutschen Staaten eingeführt ist — auch schon zu den Zeiten Justinians eingeführt war! Der Hauptbeleg dieser Behauptung ist die

Novella 44. Cap. 2.

vom Jahr 537, die hier wörtlich ausgehoben ist.

„Illud quoque praesenti adjicimus legi, ut tabelliones non in alia charta pura scribant documenta, nisi in illa, quae in initio (quod vocatur protocollum) per tempora gloriosissimi comitis sacrarum nostrarum largitionum

1) Im Jahr 1555 soll es zuerst in Belgien u. Spanien existirt — bald darauf aber auch in Deutschland Nachahmung gefunden haben.

„habeat appellationem, et tempus, quo charta „facta est, et quæcunque in talibus scribun„tur: et ut protocollum non incidant, 2) sed „insertum relinquant; novimus enim multas „falsitates ex talibus chartis ostensas et prius „et nunc: ideoque licet aliqua sit charta (nam „et hoc sancimus) habens protocollum non ita „conscriptum, sed aliam quandam scripturam „gerens, neque illam suscipiant tanquam adul„teram et ad talia non opportunam, sed in „sola tali charta, qualem dudum diximus, do„cumenta scribant. Hæc itaque, quæ de qua„litate talium chartarum à nobis decreta sunt, „et de incisione eorum, 3) quæ vocantur pro„tocolla, valere in hac felicissima solum civi„tate volumus, ubi plurima quidem contrahen„tium multitudo, multa quoque chartarum „abundantia est, et licet legali modo interesse „negotiis et non dare occasionem quibusdam „falsitatem committere, cui se obnoxios exi„stere demonstrabunt, qui præter hæc aliquid „agere præsumpserint.“ 4)

Eben dahin scheint auch die sogleich vom darauf folgenden Jahr 538 datirte Novella 73. Cap. 6. zu deuten:

„Oportet autem judicantes et si qua signa in„venerint adscripta chartis et jam hæc requi„rere et legere niti. Plurima namque novi„mus et ex illis apparuisse et non facile fidem

---

2) Hombergk übersetzt: „nec protocollum hoc abscindant“ —

3) Nach Hombergk: abscissione.

4) S. überhaupt auch die Haloandersche und Hombergksche Uebersetzung derselben Novelle.

„ex literarum aliarum collatione recipere prop-
„ter dudum dictas à nobis causas.“ 5)

Zieht man weiter in Betracht, daß nach einer Constitution schon vom Jahre 439 der

L. un. §. 1. in F. C. de collegiatis et chartopratis. 6) (11. 17.)

der Verkauf der Charten nicht mehr, wie zuvor in den Provinzen, sondern allein in der Hauptstadt durch öffentlich dazu berufene Personen — corporatos — chartopratas — Statt fand, diese aber an dieselben Vorschriften gebunden wurden, an die zuvor die Verkäufer in den Provinzen gebunden waren, oder daß, wie Cujacius 7) diese dunkle Constitution zu erklären scheint, der Verkauf der fiscalischen Charten, die aus den Provinzen in die Hauptstadt geschickt wurden, wiederum von demjenigen besorgt werden sollte, die ihn ehmals besorgten, folglich nicht von den Argentarien, denen der Verkauf dieser Waare in neueren Zeiten übertragen wurde, so kann darüber wohl gar kein Zweifel mehr übrig seyn.

Alles, was indessen von diesem vormaligen Institute aus jenen Quellen angegeben werden kann, reducirt sich auf folgende wenige Notizen:

---

5) Vergl. Haloander pag. 128.

6) „Sed ne tantum circa munera relevanda supplicibus „consuluisse noscamur, illud etiam dicendum obser„vandumque esse censemus, ut chartæ venditio, quæ „de provinciis ad corporatos supplicum per innova„tionem translata est, primæ constitutionis terminis „concludatur: hoc est, quod initio dispositionis con„stitutum est, id in posterum nulla addita novatione „servetur.“

7) ad Cod. ad dictum tit. dictamque L. p. 136.

1.) Das Motiv seiner Entstehung war nach den Prämissen und dem Cap. 1. der Nov. 44. dasselbe, das auch die meisten Stempelordnungen unserer Tage nachweisen — größeres Ansehen und erhöhte Glaubwürdigkeit der schriftlichen Documente über Contracte ꝛc.

2.) Nicht alles Papier ohne Unterschied wurde gestempelt, denn so durfte z B. der tabellio die Concepte der Contractsbriefe, die er zu fertigen hatte, auf ungestempeltes Papier schreiben — tabelliones non in alia charta pura 8) scribant documenta — nach Haloander non in aliam chartam mundam etc.

3.) Auf der Charte war der Name des jeweiligen comes sacrarum largitionum zu lesen, der die Aufsicht über den Fiscus 9) und besonders auch über das Stempelwesen hatte. — „nisi in illa, quæ per „tempora comitis sacrarum nostrarum largitio„num habeat appellationem."

4.) Zugleich war auch auf der Charte die Zeit bemerkt, zu welcher sie verfertigt wurde — „et „tempus, quo charta facta est." —

5.) Außerdem waren noch andere Zeichen angebracht, von denen aber nichts bestimmtes mehr bekannt ist — „et quæcunque in talibus scribun„tur, nach Haloander pronotari solent."

---

8) Der Ausdruck: Charta pura, findet sich auch in der L. 52. ff. de leg. 3. Vergl. L. 76. ff. ibid. u. L. 4. ff. d. bon. poss. sec. tab. (37. 11.)

9) Heineccius antiq. Rom. L. I. t. 25. §. 12. Brissonius d. V. S. sub voce Comes et largitio.
L. 17. C. d. fide instr. (4. 21.)
L. 15. C. d. contrah. Emt. Vend. (4. 25.)

6.) Diese Verurkundung der Charte durch Namensunterschrift, Zeit und Zeichen nannte man protocoll derselben — in initio, quod vocatur protocollum — nach Haloander — præpositum, ut vocant, protocollum. [10])

7.) Mit dem Charten- und dem Charten-Administrations-Wesen beschäftigten sich der comes sacrarum largitionum und seine Untergeordnete, der Verkauf aber war nur an corporatos der Hauptstädte, als dazu öffentlich autorisirte Personen — chartopratæ — überlassen.

8.) In früheren Zeiten scheint es unter der Aufsicht des præfectus urbis gestanden zu seyn, da an diesen die L. un. C. de colleg. et chartopratis ausgefertiget ist. [11])

9.) Die ganze Anstalt scheint sich mit Ausschluß der Provinzen nur auf die Hauptstädte Rom und Constantinopel beschränkt zu haben — „hæc itaque „valere in hac felicissima *solum* civitate volu„mus.“ [12])

10.) Nur in den beyden Hauptstädten waren auch die Stempel-Officinen unter dem Namen chartariæ oder chartopratia [13]) ubi multa chartarum abundantia. —

11.) Sämmtliche bey dem Administrations-We-

---

10) S. die Glosse eines Unbekannten in einer seltenen Ausgabe der Nov. Paris 1550.

11) Cujacius am ang. O.

12) Damit scheint zwar das Cap. 1. der Novelle 44. im Widerspruch zu stehen, und auch Haloander ließ das Wörtchen „solum“ weg; allein der griechische Text sagt bestimmt: ταύτης πόλεως μόνον. —

13) S. die angef. L. un. C. d. colleg. et chartopratis (11. 17.) und Cujacius am angez. O.

sen angestellte Diener hatten nach aller Warscheinlichkeit einen privilegirten Gerichtsstand anzusprechen. „Nullum — sagt wenigstens die L. 10. C. Ubi causæ fiscales etc. (3. 26.) „ex officio ratio-„nalis, [14]) qui exactioni, vel chartis inserviat, „in aliud judicium adduci oportet.“ —

12.) Chartiaticum bezeichnete das, was für die Charte bezahlt wurde. [15])

Das Interesse des Fiscus wurde, da die Anstalt selbst eine Fiscal-Anstalt war und wie auch sonst aus allem hervorgeht, dabey nicht außer Acht gelassen; doch wurde —

14.) — was nach unsern Stempelordnungen zum Theil der Fall weniger ist — der Zweck zugleich auch darauf gerichtet, die Verfälschungen der Dokumente desto eher wahrnehmen zu können. — „Protocollum non incidant, sed insertum relin-„quant; novimus enim multas falsitates ex tali-„bus chartis ostensas et prius et nunc. [16])

15.) Der Nichtgebrauch des Stempelpapiers machte die Handlung selbst nicht kraftlos. [17])

---

14) Ueber die amtlichen Verhältnisse der Rationalen, die ebenfalls dem comes sacrarum largitionum untergeordnet waren und sich besonders mit Fiscal-Gegenständen zu beschäftigen hatten, s. Gothofred Cod. Theodosianus Tom. 5. p. 327. u. Tom. 4. p. 265. auch Brissonius d. V. Sign. sub voce: rationalis T. 2. p. 1170.

15) S. L. 6. ff. de bonis damnat. (L. 48. t. 20.) u. Cujacius Obs. L. 4. Obs. 18. Brissionius d. V. Sign. vox Chartiaticum.

16) S. auch Nov. 73 Cap. 4. u. 6.

17) Nov. 73. Cap. 6. Cujacius ad Novellas. Nov. 44.

VI.

Ueber die L. 13. C. de Collationibus.
(L. 6. t. 20.)

Eine critische Emendation.

§. 1.

Jeder Antiquar weiß längst, daß in unsern alten Manuscripten Worte auf Worte und Buchstaben auf Buchstaben ohne Trennung und Zwischenräume folgen. Interpunktionen und andere Unterscheidungszeichen kannte man in früheren Zeiten gar nicht. Diese rühren theils von den einzelnen Editoren her, theils sind sie das Werk derer, welche Abschriften fertigten und man erzählt sich sogar, daß die Hände armer Mädchen — die Medisance fügt hinzu, um ein Heirathgütchen zu verdienen — [1]) sich damit beschäftigt hätten.

Wer sollte sich daher wohl wundern, wenn die Ausgaben der römischen Rechtsbücher — so wie sie heutzutage im Umlaufe sind — eine nicht unbedeutende Anzahl Lesarten enthalten, die wegen ungeschickter Trennung, oder Verbindung der Worte, oder wegen Unrichtigkeit der Unterscheidungszeichen

1) S. das Allegat bey Glück in seinem Pand.Comm. I. Th. §. 35. S. 237.

den Sinn eines so manchen Satzes bald mehr, oder weniger entstellen — bald ihn ganz verdunkeln!

Können verschiedene Gesetzstellen, die gegen einander im Widerspruche zu stehen scheinen, entweder durch Zusammenfügung, oder durch Trennung einzelner Worte, oder durch bloße Beyfügung, oder Aenderung eines, oder mehrerer Unterscheidungszeichen in Uebereinstimmung gebracht werden, so ist dies eben deswegen gewiß die bescheidenste Emendation, die sich die Exegese erlauben kann. 2)

Zu einem Beyspiele einer Emendation dieser Art dürfte wohl auch die

L. 13. C. de Collat.

dienen.

§. 2.

Daß einfache Schenkungen unter Lebenden in der Regel der Collation nicht unterworfen seyen, ist in zwey verschiedenen Codexgesetzen, der

L. 18. pr. C. famil. ercisc.

und der

L. 20. §. 1. C. de collat.

auf das deutlichste ausgedrückt:

In dem ersten — einem Rescripte der beyden Imperatoren Diocletian und Maximian, die bekanntlich am Ende des dritten und zu Anfange des vierten Jahrhunderts regierten — heißt es:

„Filiæ, cujus nomine pater res comparavit, si „non postea contrarium ejus judicium probe„tur, per arbitrium dividundæ hereditatis præ„cipuas adjudicari rescriptum est. His itaque

2) S. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Jena 1798. 1. B. 16. Abth. S. 350.

„si patri successisti, quem nomine tuo quæ-„dam comparasse dicis, adversus sororem tuam „apud Præsidem provinciæ, si res integra est, „uti potes.“

und in dem zweyten findet sich vom Jahr 529 folgende Constitution Justinians:

„Si unus, vel una liberorum ante nuptias tan-„tummodo donationem, vel dotem, non etiam „simplicem donationem accepit, vel acceperit, „alter vero, vel altera neque dotem, neque „donationem ante nuptias à parente suo sus-„cepit, vel susceperit, sed simplicem tantum-„modo donationem, ne ex eo injustum aliquid „oriatur, si ea quidem persona, quæ ante nup-„tias donationem, vel dotem suscepit, conferre „eam cogenda sit, illa vero, quæ simplicem „tantummodo donationem meruit, ad collatio-„nem ejus minime coarctanda: si quid hujus-„modi acciderit, jubemus ad similitudinem „ejus, qui ante nuptias donationem, vel dotem „conferre cogitur, etiam illam personam, quæ „nulla dote, vel ante nuptias donatione data „solam simplicem donationem à parentibus „suis accepit, conferre eam, nec recusare col-„lationem ex eo, quod simplex donatio non „aliter conferatur, nisi hujusmodi legem do-„nator tempore donationis suæ indulgentiæ im-„posuerit.“

§. 3.

Aber von denselben Imperatoren — Diocletian und Maximian, welche die angeführte L. 18. pr. C. fam. ercisc. als ihre Urheber ankündigt, lesen wir in der

L. 13. C. de Collat.

an eine gewisse Antistia ein drittes Rescript, dessen Inhalt mit jenen vorangehenden zwey Gesetzen im auffallendsten Widerspruche zu stehen scheint.

Es lautet nach der Gothofred- Haloander- und Contiusschen Lesart, die sich auch von den Lesarten aller übrigen Ausgaben wohl in Nichts unterscheidet, diplomatisch genau also:

„Si donatione tibi post mortem patris fundum quæsisti, soror tua portionem ejus vindicare non potest. Nam si is filiæ familias constitutæ tibi à patre donatus est: cum sorore patri communi succedens, eum præcipuum habere contra jura postulas."

Diese Gesetzstelle, die sich in den wenigen Ueberbleibseln des Gregorianschen und des Hermonianschen Codex gerade nicht mehr findet, über die sich von dem Theodosianschen, der bekanntlich erst von den Zeiten Constantin des Großen ausgeht, eben so wenig ein Aufschluß erwarten läßt, war seit Jahrhunderten ein Gegenstand des Streits unter den Rechtsgelehrten.

Von den vielen und mannigfaltigen Ideen, auf die sie verfielen, um zu zeigen, daß die beyden Imperatoren mit sich selbst nicht in Widerspruch gerathen seyen, wird es genügen, hier die vorzüglichsten aufzuführen:

§. 4.

Faber 3) und Fachinäus 4) emendiren; aber sie emendiren auf eine so gewaltsame Art, daß sie zwar das Object, worüber gestritten wird, vernichten, den

---

3) Errores pragmat. E. 40. I.
4) Controv. I. L. 5. C. 80.

Streit selbst aber seiner Entscheidung um Nichts näher bringen.

Jener macht den gedoppelten Vorschlag, die Worte

„à patre“

entweder ganz zu durchstreichen, oder statt ihrer die Worte

„à matre“

aufzunehmen; dieser hingegen beschränkt sich auf den einzigen Wunsch, daß dem Worte:

„constitutæ“

das Wörtchen: non vorgesetzt werden möchte, ein Wörtchen, das freylich dazu geeignet ist, den Sinn eines jeden Gesetzes nach Belieben umzudrehen.

§. 5.

Alle übrige Rechtslehrer glauben ohne Emendation zum Ziele zu kommen. Aus den Scholien der Griechen überzeugen wir uns, daß diese, wie z. B. Theodorus 5) von der Beschränkung, welche auch die L. 18. pr. C. fam. ercisc. festsetzt, ausgiengen, mithin als Factum annahmen, daß der Vater seine Absicht, der Tochter zu schenken, noch bey Lebzeiten

5) S. die Basiliken V. 5. L. 41. t. 7. nach der Uebersetzung von Fabrot. „Donata filiis post mortem patris non conferuntur, quæ autem ipse pater donavit, conferuntur, nisi pater hoc ipsum specialiter prohibuerit. Si pater donavit, ex re patris donatio est, „et rursus ei acquiritur, et tanquam patri quæsita „ex bonis ejus esse creditur, ac per hoc fundus debet esse communis. *Finge autem patrem in eadem* „*voluntate non perseverasse usque ad mortem;* si enim „aliter fingas, obstabit constitutio L. 18. famil. ercisc. „qua dicitur, ea quæ pater filiofamilias donavit, si „decesserit, in eadem voluntate perseverans, non conferri à filio.“

wiederrufen habe. Daher auch Harmenopulus 6) sagt:

„donata liberis post patris mortem non con-„feruntur. Quæ autem vivens adhuc pater „his donavit, *conferuntur*, nisi forte expres-„sim cavit, ne conferrentur.“

Cujacius, 7) dem auch Wissenbach 8) folgt, unterscheidet, ob die Intestat- oder die Testamentserbfolge eintrete, und in dem ersten Falle, von dem er unsern L. versteht, unterwirft er die einfache Schenkung der Collation, im zweyten hingegen nicht. 9)

Huber 10) und Pufendorf 11) sehen die zum Grunde liegende Schenkung, da sie vom Vater seiner filiafamilias gemacht wurde, als eine unkräftige Handlung an, und behaupten, der Fundus habe deswegen conferirt werden müssen, weil er ein Eigenthum des Vaters rechtlich geblieben sey. 12)

---

6) πρόχειρον νόμων. Parisiis 1540. L. 5. t. 8. nach der Uebersetzung von Mercerus. Lugd. 1556. p. 213.
7) Obs. L. 3. Obs. 30.
8) ad pand. tit. de collat. th. 12.
9) Der Urgrund dieser Distinction ist schon daraus klar, weil zu der Zeit, als die L. 13. C. de collat. gegeben wurde, die Collation bey der Testamentserbfolge, bey der erst die Nov. 18. sie einführte, überhaupt nur in dem einzigen Falle Statt fand, wenn der Testator sie verordnete, L. 1. §. 7. ff. L. 10. C. d. coll. folglich die Frage, ob damals die Schenkung ein Gegenstand der Collation gewesen sey, sich auf jene Erbfolgeart gar nicht beziehen kann. S. Hofacker in pr. l. c. §. 1659. n. b.
10) ad pand. L. 37. t. 6. n. 4.
11) Observ. T. I. Obs. 171.
12) Vergl. Theodorus in der angef. Stelle.

Cinus, 13) Duaren, 14) Perez, 15) Schulting, 16) Streyk, 17) Vinnius, 18) und Wernher, 19) denen neuerlich auch Thibaut 20) und v. Pfizer 21) beytraten, nehmen die Existenz einer eigentlichen Schenkung in Anspruch, und modificiren den gegebenen Fall dahin, als hätte der Vater seiner Tochter den Fundus als bloßes Peculium überlassen.

Mit den beyden letzten Ansichten coincidirt im Grunde die Distinction, welche Donell zwischen den Ausdrücken donare in L. 13. C. d. coll. und filiæ nomine comparare in L. 18. pr. C. fam. ercisc. aufstellt, 22) eine Distinction, welcher schon Cujacius 23) wenig Beyfall schenkte.

Hofacker, 24) v. Malblanc, 25) Pälicke, 26) Voetius 27) und andere denken sich einen von den beyden Fällen, daß entweder der Vater seiner Tochter den Fundus unter dem besondern Titel als Heirathgut geschenkt habe, oder daß der geschenkte Fundus

---

13) super Codice cum additionibus 1493. tit. d. coll. ad h. leg.
14) ad Cod. t. d. coll. C. 2.
15) ad Cod. L. 6. t. 20. n. 19.
16) jurisprud. antejustin. p. 473. n. 9.
17) Success. ab intest. D. II. C. 4. n. 13.
18) d. collat. Cap. 15. n. 9.
19) Obs. P. 1. Obs. 317.
20) Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. S. 169—172.
21) Ueber die Collat. der Descendenten. Stuttg. 1807. §. 184. S. 432.
22) Comment. d. jure civ. L. 9. C. 5. n. 10.
23) am angez. O.
24) princ. I. civ. rom. Germ. §. 1659. n. 6.
25) Diss. de collat. bon. Tub. 1804. §. 27.
26) Diss. d. donat. simpl. in hered. patr. non conferenda. Helmst. 1762.
27) comment. ad pand. L. 37. t. 6. §. 13.

der Justinianschen Verordnung in L. 20. C. de collat. zur Folge, [28]) deswegen zu conferiren gewesen sey, weil die andere Schwester auch ihrerseits ein erhaltenes Heirathgut zu conferiren gehabt habe.

§. 6.

Längst haben sich jene Rechtslehrer in ihren wechselseitigen Meynungen auch wechselseitig zu widerlegen gesucht, und daß ihnen ihre Bemühungen wenigstens im Ganzen nicht mißgelungen seyen, darüber liegt ein starker Ueberzeugungsgrund in der Sache selbst schon, indem der Kampf aller eigentlich nur gegen sehr gewagte Hypothesen gerichtet war.

Eine besondere Prüfung jener einzelnen Meynungen würde — wenn sie auch nicht über den Zweck dieser Blätter hinausführte — doch höchst überflüssig seyn, und nie auf ein anderes — als das eben erwähnte Resultat leiten. Wir gehen daher sogleich zur Darstellung des eigentlichen Sinnes über, der mit der L. 13. C. de collat. zu verbinden seyn dürfte.

§. 7.

Diese Gesetzstelle theilt sich in zwey Hauptsätze. Der erste, der keine Schwierigkeit an sich trägt, und über dessen Sinn auch nur eine Stimme ist, sagt:

„Wenn dir nach dem Tode deines Va„ters ein Fundus geschenkt worden ist, (natürlich also von einem dritten) „so hat deine „Schwester daran keinen Theil anzusprechen."

28) die doch ungefähr 130 Jahre nach der L. 13. C. de collat. erlassen wurde.

Der zweyte Hauptsatz kann grammatisch auf zweyerley Weise verstanden werden.

a.) Einmal so, wie ihn bisher alle Rechtslehrer verstanden haben, das heißt:

„denn, wenn dieser Fundus dir als einer filia-„familias — filiæfamilias constitutæ tibi —„von deinem Vater geschenkt worden ist — à „patre donatus est — und du succedirst dem„selben mit seiner Tochter, als deiner Schwe„ster, so sprichst du jenen Fundus nicht mit „Recht als Voraus an.“

b.) Das anderemal so, wie ihn bisher noch kein Rechtsgelehrter verstanden hat, nämlich:

„denn, wenn eben dieser Fundus — nam „si is — dir, während du in der Gewalt dei„nes Vaters standest 29) — filiæfamilias con„stitutæ tibi à patre — geschenkt worden ist — „donatus est — (es versteht sich: zwar bey Lebzeiten des Vaters, aber nicht von ihm, sondern wie im ersten Hauptsatze von einem dritten) „und du succedirst demsel„ben mit seiner Tochter als deiner Schwester, „so sprichst du jenen Fundus nicht mit Recht „als einen Voraus an.“

§. 8.

Daß die so eben angegebene zweyte Lesart nicht bloß überwiegende Vorzüge vor der ersten habe, sondern daß sie wirklich dem Gesetzgeber angehöre, und dessen Willen ausdrücke, läßt sich — wenn schon nicht mit mathematischer Gewißheit — doch mit

---

29) wenn man lieber will, auch: „die du in der Gewalt ꝛc.“

einem Grade von Wahrscheinlichkeit behaupten, den die Critik ihrer Natur nach nur in den wenigeren Fällen zu übersteigen fähig ist.

1.) Bezieht man nach der ersten Lesart die Worte:

„à patre"

auf die Worte:

„donatus est" —

so bleiben für die Worte der deutschen Uebersetzung:

„dir als einer filiafamilias"

im lateinischen Texte nur die Worte übrig:

„filiæfamilias constitutæ tibi."

Ob aber diese Ausdrücke eben so sprachrichtig, oder wenigstens eben so sprachgebräuchlich seyen, als die Ausdrücke der zweyten Lesart, die zugleich die Gewalt eines Großvaters ausschließen,

„filiæfamilias constitutæ tibi à patre"

darüber mögen Classiker urtheilen. 30)

Freylich hätten die Ausdrücke:

„tibi filiæfamilias à patre constitutæ"

allen Doppelsinn gehoben; aber in hundert andern Fällen würden jene ihn eben so wenig, als diese bewirkt haben, mit denen sie gewiß nicht minder sprachrichtig und sprachgebräuchlich sind.

§. 9.

Durch die zweyte Lesart tritt

---

30) Auch in andern Gesetzen kommt der Ausdruck filiafamilias constituta auf diese Art nicht vor, sondern immer wird das letzte Wort von einem weitern Substantiv, z. B. filia in potestate patris constituta begleitet, wie in L. 7. C. d. imp. et aliis subst. (L. 6. t. 26.) L. ult. C. d. donat. q. s. m. (L. 1. t. 55.) L. 7. C. d. donat. (L. 8. t. 54.) L. 17. C. d. coll. (L. 6. t. 20.)

2.) der aus der Gesetzstelle nach ihrem ganzen Inhalte genommen hervorgehende Satz in eine vollkommene Uebereinstimmung mit andern bekannten Rechtssätzen:

a.) Nach dem ersten Hauptsatze gehört das, was eine filiafamilias nach dem Tode ihres Vaters erwirbt, nicht zu dessen Verlassenschaft. Dieser Satz stimmt mit den Grundsätzen der väterlichen Gewalt zusammen, denn diese erlischt durch den Tod des Vaters, und die filiafamilias erwirbt sich nun selbst.

b.) Nach dem zweyten Hauptsatze macht hingegen das, was die filiafamilias, während sie noch in väterlicher Gewalt ist, erwirbt, einen Bestandtheil des väterlichen Verlaßthums aus.

Dieser Satz steht ebenfalls mit den Grundsätzen der väterlichen Gewalt in Harmonie, denn die filiafamilias erwirbt nicht sich, sondern so lange ihr Vater lebt, nur diesem. 31)

Darum konnte auch die mitsuccedirende Tochter nach dem ersten Hauptsatze den Erwerb ihrer Schwester nicht ansprechen — wohl aber nach dem zweyten.

Daß übrigens die einfache Distinction, welche in den beyden Sätzen angegeben wird, eine Stelle in dem Titel de collationibus fand, ist besonders deswegen natürlich, weil sie dem ältern Collations-Institute in Absicht auf Emancipirte zum Grunde lag.

---

31) Daß zu den Zeiten Diocletians und Maximians diese Grundsätze noch galten, hat keinen Zweifel, denn die Beschränkungen der väterlichen Gewalt durch die Einführung der Peculien bildeten sich sicher erst unter Constantin dem großen, und den nachfolgenden Imperatoren, vorzüglich Justinian aus.

Da nämlich die Emancipirte nur das conferirten, was sie ihrem Vater erworben hätten, wenn sie sui geblieben wären, die sui hingegen von dem Augenblicke an, da ihr Vater starb, sich selbst erwarben, so beschränkte sich die Collations-Verbindlichkeit der ersten nur auf denjenigen Erwerb, den sie bey Lebzeiten ihres Vaters machten. 32)

§. 10.

Durch sie gewinnt

3.) die Gesetzstelle an Klarheit, Bestimmtheit und logischer Cohärenz, denn

a.) der zweyte Hauptsatz erscheint als das, was er kraft des vorausgeschickten Wörtchens

„nam“

seyn soll — als der Grund des ersten und nicht, wie nach der ersten Lesart als ein hingeworfener ganz heterogener Satz, von dem man eigentlich gar nicht weiß, wie er hieher kam, was auch Perez 33) wohl gefühlt haben mag, indem er jenem Wörtchen eine uneigentliche Bedeutung durch „sed“ zu geben suchte.

b.) Es erscheinen ferner zweyerley einander wahrhaft — und nicht wie nach der ersten Lesart bloß scheinbar entgegengestellte factische Umstände, denn im ersten Hauptsatze handelt sichs vom

---

32) L. 15. C. de collat. „Nec emancipati *post mortem* „communis *patris quæsita* conferre coguntur.“
L. 6. C. ibid. „Ea demum ab emancipatis fratribus „his, qui remanserunt in potestate, conferre consue-„verunt, *quæ in bonis eorum fuerunt eo tempore, quo* „*pater fati munus implevit.*“ S. auch L. 1. §. 18. u. 19. ff. d. coll. (L. 37 t. 6.)

33) am angef. O. s. auch die Basiliken unten §. 14.

Erwerbe der filiafamilias nach dem Tode ihres Vaters, im zweyten hingegen vom Erwerbe derselben bey seinen Lebzeiten. 34)

c.) Der zweyte Hauptsatz enthält außerdem keine Abänderung des Factums nach dem ersten, die er auch — sofern er nur dessen Grund angeben will — nicht enthalten soll, denn beyde Hauptsätze haben nur ein Hauptfactum — 35) eine Schenkung, welche die filiafamilias von einem Dritten erhalten hat, und nicht, wie nach der ersten Lesart zwey abgesonderte facta, bey denen sich nicht einmal ein tertium comparationis auffinden läßt, zum Gegenstande.

d.) Es ist zum weitern Beweise, daß beyde Sätze nur ein Hauptfactum zum Grunde legen, und als Ursache und Wirkung beysammen stehen, in dem zweyten Hauptsatze — was auch den Worten

„si *is*“ (fundus)

gemäß ist — von demselben Fundus die Rede, von welchem im ersten die Rede ist, und nicht, wie nach der ersten Lesart gleichsam von einem andern Fundus durch ein gegebenes neues ganz verschiedenes Factum.

---

34) Man denke sich einmal die Entgegenstellungen, die aus der ersten Lesart hervorgehen, z. B. nach dem §. 5. angeführten Lehrsatze des Harmenopulus: — „donata liberis *post patris mortem* — et quæ „*vivens adhuc* (?) *pater* his donavit.“

35) Ohne diese Voraussetzung ließe sich gar kein Grund wahrnehmen, warum nach dem ersten Hauptsatze die Schwester den Fundus hätte mitansprechen sollen, sie, die nur etwa als Miterbin, in welcher Eigenschaft sie erst der zweyte Hauptsatz aufführt, auf die Meynung, als wäre sie dazu berechtigt, gebracht werden konnte.

§. 11.

Durch sie entfernt sich endlich

4.) aller Widerspruch mit der
L. 18. pr. C. famil. erc.

und

L. 20. §. 1. C. de collat.

da sie die Collation nicht eigentlich berührt, sondern bloß dies bestimmt, welcher Erwerb der *filiafamilias* zur väterlichen Verlassenschaft gehöre und welcher dazu nicht gehöre.

§. 12.

Die Mißverständnisse, die der vorliegende Text veranlaßte, beruhen übrigens, wie sich nun von selbst aufklärt, bloß auf einer unrichtigen Construction der Leser.

In den ältern Manuscripten fanden sich, wie oben bemerkt wurde, keine Unterscheidungszeichen, und die Abschreiber und Editoren unterliessen es hin und wieder, da sie zu machen, wo sie hätten gemacht werden sollen.

Auch wäre es leicht möglich, daß eine Versetzung der Worte Statt gefunden hätte, und etwa die Worte:

„Si is tibi filiæfamilias à patre constitutæ
„donatus est.“ —

oder — was noch leichter geschehen konnte —

„si is filiæfamilias constitutæ à patre, tibi!
„donatus est.“ —

in die Worte:

„si is filiæfamilias constitutæ tibi à patre
„donatus est.“ —

umgebildet worden wären.

§. 13.

Dem sey nun aber, wie ihm wolle, was sollte uns hindern, gehörig zu construiren, und um Mißverständnissen für die Zukunft zu begegnen — wenn man auch zu einer Wortversetzung auf die angegebene Art nicht geneigt seyn sollte — wenigstens durch Beyfügung der nöthigen Distinction denjenigen Sinn herzustellen, von dem sich mit größter Wahrscheinlichkeit annehmen läßt, daß er der Absicht des Verfassers gemäß sey!

Und so würde dann die

L. 13. C. de collat.

zu lesen seyn:

„Si donatione tibi post mortem patris fun-
„dum quæsisti, soror tua portionem ejus
„vindicare non potest. Nam si is filiæ-
„familias constitutæ tibi à patre, donatus
„est: 36) cum sorore patri communi succe-
„dens, eum præcipuum habere contra jura
„postulas."

§. 14.

Die Basiliken unterstützen freylich auch diese Lesart sogar nicht, daß sie ihr vielmehr im Wege zu stehen scheinen. Obschon die Fabrotsche Uebersetzung, 37) die hier wörtlich ausgehoben ist,

„Constitutio rescribit filiæ cujusdam defunc-
„ti, cujus soror portionem fundi ab ea vin-
„dicare volebat. Ait igitur constitutio: Si
„fundus tibi post mortem patris donatus est,

---

36) oder auch: „si is filiæfamilias constitutæ — tibi — à patre, donatus est" —

37) L. 41. tit. d. collat. p. 511. n. 28.

„soror tua improbe portionem ejus petit. Si „vero is filiæfamilias constitutæ tibi à patre „donatus est, portionem fundi habere jure „desiderat.“

glauben läßt, als hätten die unbekannten Sammler die L. 13. C. de collat. so weit sie die streitige Stelle betrift, ohne alle Veränderung copirt, so dürfen wir doch nicht unbemerkt lassen, daß der griechische Text davon wesentlich abweicht, indem nach demselben die Worte:

„à patre“

den Worten:

„donatus est“ —

nachgesetzt sind, und es bestimmt heißt:

„ἐδωρήθη παρὰ τȣ̃ πατρὸς“ —

Wie sollte man aber auf diese Abweichung des griechischen Textes wohl ein besonderes Gewicht legen können!

Nur denn läßt der Text des Justinianschen Rechts, als die Quelle eine Emendation durch Hülfe der Basiliken zu, wenn eine Corruption desselben am Tage liegt.

Um aber unsern Text, bey dem eine Interpunktion seinen Doppelsinn hebt, für eigentlich corrupt anzunehmen, dazu fehlt es durchaus an den erforderlichen Merkmalen. Vielmehr vereinigt sich alles, was die Aechtheit einer Stelle verdächtig machen kann — Mangel an logischem Zusammenhange, Undeutlichkeit, Unbestimmtheit, Inconsequenz gegen die Lesart der Basiliken.

In den Glossen und Scholien der Griechen findet sich auch durchaus keine Spur, daß den Sammlern der Basiliken eine wirklich aufgefundene Ver-

schiedenheit in der Lesart der Manuscripten zu einer dergleichen Wortversetzung Anlaß gegeben hätte.

Es kann also nur davon die Frage seyn, welche Bedeutung von den zwey möglichen mit dem an sich richtigen Justinianschen Texte zu verbinden sey, und über diese Frage ist der Ausspruch der Basiliken an sich betrachtet eben so wenig eine sichere Entscheidungsquelle, als die Meynung jedes andern Interpreten. [38]

Die Verfasser der griechischen Versionen, aus denen die Basiliken geschöpft sind, entfernen sich zu sehr von den Zeiten der alten Classiker und der römischen Kaiser, deren Gesetze sie interpretirten, und ihre Versionen selbst sind zu wenig fehlerlos, als daß die Hermenevtik von ihnen überall gründliche Aufschlüsse erwarten dürfte. Besonders aber ist man in dem gegenwärtigen Falle durch die angeführten Gründe vollkommen berechtigt, geradezu die Behauptung aufzustellen, daß den ursprünglichen Text so wie noch heutzutage, also auch schon zu den Zeiten der griechischen Uebersetzer das Mißgeschick getroffen habe, unrichtig construirt zu werden, und daß die Wortversetzung, die sich die Basiliken erlaubt haben, nur als eine sehr natürliche Folge dieser unrichtigen Construction zu betrachten sey. Ihre Sammler deuteten dadurch im Grunde nur das an, was sie durch eine Interpunktion hätten andeuten können, wenn zu ihren Zeiten Interpunktionen schon üblich gewesen wären.

Sehr richtig bemerkt aber Feuerbach, [39]

---

38) S. Glück Pand.Comm. 1. Th. §. 63. S. 371 u. den dort angef. Voorda.

39) Civilistische Versuche. 1. Th. Giessen 1803. S. 151.

„daß uns die Basiliken zwar für das ursprüng„liche Daseyn einer Stelle — aber nie für „eine bestimmte Interpunktion von einiger Au„torität seyn können, weil ihre Urheber eben „so wenig ein interpungirtes Exemplar vor sich „haben konnten, als unsere Editoren.“

VII.

Ueber heilbare und unheilbare Nichtigkeiten, besonders nach römischem Rechte.

Uebersicht.

I.) Vorerinnerung.
II.) Allgemeine — aus der Natur der Sache abgeleitete — im römischen Rechte nicht mißkannte Begriffe über Nichtigkeiten, §. 1—10.
1.) Nichtigkeiten werden sowohl bey gerichtlichen, als außergerichtlichen Rechtsgeschäften begangen, sofern entweder wesentlichen, oder natürlichen Eigenschaften derselben entgegengehandelt wird. §. 1.
2.) Bestimmung der Begriffe
a.) über wesentliche, §. 2. und
b.) natürliche Eigenschaften eines Rechtsgeschäfts. §. 3.
3.) Wiefern im außergerichtlichen Wege Nichtigkeiten begangen werden und zwar
a.) heilbar, oder
b.) unheilbar. §. 4.
4.) Wiefern sie im gerichtlichen Wege begangen werden, §. 5—10.
a.) heilbar, §. 5. oder
b.) unheilbar, §. 6—10.

III.) Besondere durch höhere Staatsgründe veranlaßte Modificationen jener allgemeinen Begriffe nach dem römischen Rechtssysteme. §. 11—36.

A.) Ueberhaupt. §. 11—13.

B.) Besonders. §. 14—36.

a.) in Absicht auf das daraus fließende Princip der heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten. §. 14.

Die letzten haben ihren Grund

1.) In der Form einer Urthel durch Vernachläßigung wesentlicher Prozeßtheile. §. 15—25.

a.) sofern es an der Competenz des Richters mangelt. §. 15.

b.) sofern dem Zwecke eines Urtheils — Entscheidung eines Rechtsstreits — kein Genüge geschieht. §. 16.

c.) sofern ein Defect in der Legitimation der Personen, oder zur Sache vorwaltet. §. 17.

d.) sofern den Parthelen der Weg zur wechselseitigen Vertheidigung verschlossen — §. 18.

e.) sofern ohne ein vorangegangenes Urtheil zur Execution geschritten — §. 19.

f.) sofern eine Präjudicialfrage nicht vorerst erörtert — §. 20.

g.) sofern von den Parthelen die Sache nicht als geschlossen angenommen — §. 21.

h.) sofern das Urtheil ihnen nicht gehörig eröffnet — §. 22. oder

i.) sofern es durch Prävarication erschlichen — §. 23. oder sofern

k.) von den Partheyen und ihren Sachwaltern der Eid gegen Gefährde nicht förmlich abgelegt wird, §. 24. oder

l.) sofern eine Unmöglichkeit in Realisirung des Urtheils sich äußert, §. 25.

2.) in dem materiellen Theile eines Urtheils, §. 26—34.

sofern ihm

α.) die Gesetze aus besonderer Begünstigung gewisser Classen von Personen in bestimmten Fällen die Rechtskraft versagen, §. 26. oder sofern es

β.) mit wesentlichen Rechtsbegriffen, oder Hülfsbegriffen der Rechtswissenschaft, §. 27—28. oder

γ.) mit wesentlichen Rechtsprincipien — Rechtsformeln — in directem — offen daliegendem Widerspruche steht. §. 29—34.

1.) überhaupt. §. 29—34.

2.) besonders,

α.) ob und welche Rechtsmittel gegen diejenigen Sentenzen Statt finden, welche einen über einen erheblichen Thatumstand anerbotenen Beweis verwerfen, oder über unerhebliche ihn erkennen. §. 30.

β.) Wiefern Urtheile, welche auf falsche Zeugnisse, oder Documente gebaut worden, eine Richtigkeitsklage, und wiefern sie ein bürgerliches oder prätorisches Rechtsmittel der Restitution begründen. §. 31—34.

b.) Resultat aus dem bisherigen §. 35—36.

α.) überhaupt und

β.) besonders in Beziehung auf den Fall, wenn gegen den Inhalt eines bereits gefällten Urtheils erkannt wird. §. 36.

IV.) Bestimmungen des römischen Rechts

1.) in Absicht auf die Dauer der Nichtigkeitsklage. §. 37. und 38.

2.) in Absicht auf die Frage, wiefern sie den Gerichtsstand begründe. §. 39.

V.) Ob die Grundsätze des römischen Rechts durch den jüngsten Reichsabschied eine Abänderung erlitten haben. §. 40—44.

VI.) Schlußbemerkungen. §. 45.

Vorerinnerung.

So sehr auch die Theorie des bürgerlichen Processes in der neuesten Zeit im Ganzen gewonnen hat, so herrscht doch in der Nullitäten-Lehre noch manche Dunkelheit. Ihre obersten Sätze sind als irrig in Anspruch genommen, ohne daß man sich über andere festere bis jetzt vereinigen konnte.

Sollten aber die großen Schwierigkeiten, die sich der Auffindung einer neuen Theorie entgegenstellen, nicht gerade auf den Gedanken führen, ob die alte auch sattsam geprüft und erkannt sey, ob sie wirklich alle die Mängel in sich trage, die ihr aufgebürdet werden!

Eine solche Prüfuug ist der Zweck dieser wenigen Paragraphen. Er beschränkt sich hauptsächlich darauf, aus dem römischen Rechtssysteme das reine Princip abzuleiten, auf welchem die Heilbarkeit, oder Unheilbarkeit der Nichtigkeiten im Wege des gerichtlichen Verfahrens beruht.

Ueber das Ganze der Lehre selbst mögen sich Andere ausbreiten, die neben ihrem höheren Berufe dazu auch Zeit genug noch vor sich haben.

---

§. 1.

Nichtigkeiten im weitern Sinne — als Gesetzwidrigkeiten überhaupt betrachtet — finden sowohl bey außergerichtlichen Rechtsgeschäften, als im Wege einer gerichtlichen Verhandlung Statt. Bey außergerichtlichen Rechtsgeschäften tritt eine Nichtigkeit ein, wenn gegen ihre wesentlichen, oder natürlichen Eigenschaften gehandelt wird; im Wege des gerichtlichen Verfahrens hingegen, wenn der Richter gegen die eine, oder die andere jener gedoppelten Eigenschaften des prozessualischen Verfahrens, oder gewisser Rechtssätze, oder Rechtsbegriffe, welche das Rechtsverhältniß der Partheyen der einem Rechtsstreite zum Grunde liegenden Thatsache gemäß bestimmen, anstoßt.

§. 2.

Wesentliche Theile einer Sache sind solche, ohne welche sie aufhört — natürliche, ohne welche sie nicht aufhört zu seyn, was sie ist.

Wesentliche Theile eines Rechtsbegriffs, eines Rechtssatzes, oder eines Rechtsgeschäfts [1]) sind da-

---

1) Beyspiele zeigen: L. 23. ff. d. Reg. I. (50. 17.) L. 68. ff. d. contr. emt. vend. (18. 1.)

her dem Willen der handelnden Partheyen ganz entzogen. Welcher er auch sey, so hat er auf sie keinen Einfluß. Sie stehen fest, sie mögen anerkannt, oder nicht anerkannt, bekräftiget, oder nicht bekräftiget werden. So existirt, wohin auch der Wille der Contrahenten gerichtet sey, kein Kaufcontract ohne Preis, 2) keine Gesellschaft, bey welcher der Eine allen Gewinn, der Andere allen Schaden hat, 3) kein Precarium, das erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit zurück gefordert werden kann. 4)

So ist Gesetzwidrigkeit eine wesentliche Eigenschaft des Wuchers und des commissorischen Vertrags bey Verpfändungen, und kein Anerkenntniß kann sie in rechtsgültige Handlungen umschaffen. So ist von dem Begriffe von Heirathgut der Begriff von Ehe 5) und von dem Begriffe locatio conductio der Begriff Dienstleistung und Lohnsversprechung unzertrennbar. 6) So ist kein dem Wesen des Begriffes von Bruder, von agnatus zuwiderlaufender Vertrag gültig, ne sit frater, ne sit agnatus. 7)

L. 60. 70. ff. d. Verb. oblig. (45. 1.)
L. 1. u. 2. C. debitor. vend. (8. 29.)
L. 24. 30. ff. d. oper. lib. (38. 1.)
L. 27. 30. 35. ff. d. m. c. don. (39. 6.)
L. 15. ff. d. manumiss. (L. 40. t. 1.)
L. 2. u. 3. ff. d. reb. cred. (12. 1.)

2) §. 1. I. d. emt. vend. (3. 24.) L. 8. ff. d. contr. Emt. V. L. 18. t. 1.

3) L. 29. ff. pro Soc. (L. 17. t. 2.)

4) L. 1. 2. 15. ff. d. prec. (L. 43. t. 26.)

5) L. 4. § 2. ff. d. pact. L. 2. t. 14. L. 3. §. 7. L. 8. 21. 22. L. 41. §. 1. L. 68. ff. d. jure dot. (20. 10.)

6) pr. I. d. loc. cond. L. 2. t. 25. L. 2. u. 46. 55. ff. ibid. (19. 2.)

7) S. L. 34. ff. d. pactis. (2. 14.)

Unter dem Begriffe wesentlicher Rechtssätze stehen besonders alle absolut gebietende, oder verbietende, 8) so wie alle das öffentliche Recht — jus publicum — unmittelbar berührende Gesetze, ob sie schon auf Privatverhältnisse zugleich Einfluß haben 9) und nur insofern finden Abänderungen gegen dergleichen Gesetze durch Uebereinkunft der Partheyen Statt, sofern die Rechte selbst in einzelnen Fällen sie bestätigen. 10)

§. 3.

Nur die natürlichen Theile eines Rechtsbegriffes — eines Rechtsgeschäfts oder einer Rechtsbestimmung 11) sind der Willkühr der Par-

8) L. 5. C. de legibus. (1. 10.)
L. 6. C. de pactis. (2. 3.)

9) L. 27. ff. d. Reg. I. (50. 17.) Nec ex Prætorio, nec ex solenni (civili) jure privatorum quidquam immutandum est etc. L. 1. §. 1. ff. de feriis. (2. 12.) „Neque Prætoris factum juri derogare oportet.“ — L. 55. ff. de leg. (30. 1.) „Nemo potest testamento „suo cavere, ne leges valeant.“ L. 23. ff. d. Reg. I. (50. 17.) L. 7. §. 14. ff. d. pact. (2. 14.) L. 42. ff. d. op. libert. (38. 1.) L. 8. §. 17. ff. de transact. (2. 15.) L. 13. C. d. testam. (6. 23.) L. 15. §. 1. ff. ad L. falc. (35. 2.) L. 5. pr. ff. d. pact. dot. (23. 4.) L. 1. §. 9. ff. d. mag. conv. (37. 8.)

10) Gothofred de divers. Reg. l. juris antiq. comment. ad L. 27. ibid. pag. 158. Noodt de pact. et transact. Cap. 16. in op. p. 434. Glück Pand. Commentar L. 1. t. 1. §. 14. S. 107. Weber von der natürl. Verbindlichkeit. §. 74. Vergl. Bœhmer Exercit. ad ff. T. 1. pag. 642.

11) Beyspiele enthalten:
L. 27. 54. pr. ff. loc. (19. 2.)
L. 23. ff. de Reg. I. (50. 17.)
L. 21. ff. de prec. (43. 26.)
L. 35. §. 5. L. 76. ff. d. contr. emt. vend. (18. 1.)

thenen unterworfen. Bey ihnen nur ist der entgegensetzte Wille entscheidend. Sie können anerkannt, oder nicht anerkannt — verändert oder ganz aufgehoben werden. So trägt z. B. der Käufer nur so lange die Gefahr der gekauften Sache vor ihrer Uebergabe, so leistet auch der Verkäufer nur so lange Eviction, so lange keine entgegengesetzte Verabredung getroffen ist.

§. 4.

Heben die Parthenen bey einem außergerichtlichen Rechtsgeschäfte die bloß natürlichen Eigenschaften desselben auf, so kann von einer Nichtigkeit eigentlich gar nicht die Rede seyn, denn sie wird durch den erklärten Willen, jene Eigenschaften aufzuheben, in demselben Momente geheilt, in dem sie begangen wird. Wird aber gegen die wesentlichen — mithin der Disposition der Parthenen entzogenen Eigenschaften gehandelt, so ist das Rechtsgeschäft unheilbar nichtig, und es kann also auch, sofern es sich nicht als ein anderes aufrecht erhält, — conversio actuum juridicorum — mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden.

§. 5.

Wie nun — wenn ein im gerichtlichen Wege ertheiltes Erkenntniß mit einem Grundsatze, der bloß die natürlichen Eigenschaften eines Rechtsgeschäfts, oder einer Rechtsbestimmung betrift, in directem, oder indirectem Widerspruche steht?

L. 38. §. 11. ff. ad æd. ed. (21. 1.)
L. un. §. 13. ff. d. rei ux. act. (5. 13.)
L. 26. §. 2. L. 40. §. 3. ff. de pact. (2. 14.)

Sofern sie gesetzwidrig ist — sey es auch nur bedingt — sofern ist sie — den Eintritt dieser Bedingung vorausgesetzt — unstreitig nichtig; aber sie ist nicht unheilbar nichtig, denn da die natürlichen Eigenschaften einer Rechtshandlung, oder Rechtsbestimmung einer Anerkenntniß der handelnden Theile überlassen sind, so kann die Sentenz, die auf einem jenen Eigenschaften zuwiderlaufenden Grundsatze gebaut ist, ohne Anstand bekräftigt und anerkannt werden — bekräftigt und anerkannt, mithin geheilt wird sie aber, wenn der dabey interessirte Theil innerhalb 10 Tagen davon nicht appellirt. Fällt z. B. eine richterliche Entscheidung darum gegen mich aus, weil sie von dem Grundsatze ausgeht, daß ich bey einem Geschäfte, bey welchem seiner Natur nach nur culpa levis geleistet wird, levissimam zu leisten habe, so geht die Entscheidung, sofern ich nicht appellire, in Rechtskraft über.

Bekanntlich sind — um ein weiteres Beyspiel zu geben — nach der Natur des Kaufcontracts die reifen Früchte eines verkauften Grundstücks für mitverkauft zu achten, 12) nicht aber ebenso die sogenannten ruta cæsa. 13) Erkennt ein Richter diesen Grundsätzen zuwider, so handelt er nur heilbar nichtig, denn seine gegen eine bloß außerwesentliche, oder natürliche Eigenschaft des Kaufcontracts gerichtete Sentenz läßt ein stillschweigendes Anerkennt-

---

12) L. 13. §. 10. ff. d. act. Emti. „Si fructibus jam maturis ager distractus sit, etiam fructus emtori cedere, „*nisi aliud convenit*, exploratum est.“

13) Gallus Aquilius recte ait, frustra in lege venditionis de rutis et cæsis contineri, *quia si non specialiter venierunt, ad exhibendum de his agi potest.*
L. 66. §. 2. ff. d. contr. E. V. (18. 1.)
Püttmann D. d. rutis cæsis. p. 10.

niß derselben durch Nichtgebrauch der Appellation zu.

§. 6.

Wird im gerichtlichen Wege gegen das Wesen des prozessualischen Verfahrens, oder gegen das Wesen eines Rechtsbegriffs, oder Rechtssatzes angestoßen, so kann der Natur der Sache nach die dadurch entstehende Nichtigkeit mittelst des Nichtgebrauchs der Appellation unmöglich geheilt werden.

Der Nichtgebrauch der Appellation faßt aber keineswegs — wie v. Gönner lehrt 14) — einen Verzicht auf das Recht, das Gegenstand des Streits ist, sondern eine Anerkenntniß, eine Beystimmung — eine Bekräftigung des richterlichen Ausspruchs — eine Unterwerfung in Beziehung auf solchen in sich. 15)

---

14) Handbuch des Proz Abh. 64. §. 11. 13. u. 36. wo es heißt: „Verzichtbarkeit erscheint von selbst als der „Canon zur Beurtheilung, ob eine Nullität heilbar, „oder unheilbar sey."

15) L. 5. C. d. rec. arb. (2. 56.)
— „Sin autem *silentio sententiam corroboraverint*" —
L. 4. C. d. sent. quæ sine certa q. (7. 46.)
— „Cum non provocaveris, ipse *tuo facto confirmasti* „*judicatum*."
L. 1. C. d. postul. (2. 6.)
„Cum non appellaveris, *placitis obtempera*." — L. 3. C. d. err. adv. (2. 10.)
L. 3. C. quom. et quando jud. (7. 43.)
— „Si sententiæ *commodatus sit assensus*."
L. un. ff. nihil. innov. (49. 5.)
— „Si sententiæ *non acquieverat*." —
L. 1. C. d. us. rei judic. (7. 54.)
L. 7. C. d. appell. (7. 62.)
L. 5. C. d. re jud. (7. 52.)
L. 40. ff. de pact. (2. 14.)

Wie sollte daher diese Anerkenntniß, diese Beystimmung oder Bekräftigung auch in jenem Falle von rechtlicher Wirkung seyn, wenn wesentliche Eigenschaften eines Rechtsgeschäfts, oder Rechtssatzes der Disposition der handelnden Theile ganz entzogen sind, wenn ihnen eine Anerkenntniß, oder Nichtanerkenntniß eben so wenig etwas geben, als nehmen kann! (§. 2.) Räume ich z. B. auch zehnmal ein, daß ein 12jähriger gültig testiren könne, so erlangt er dadurch nie Testaments-Fähigkeit. — Jus per se certum et definitum est — [16]) Zwar kann ich auf die Erbschaft desselben, oder auf die Nichtigkeitsklage, die mir in Ansehung einer auf jene falsche Rechtsthesis gebaute Sentenz zusteht, Verzicht leisten. Aber was folgt daraus? Offenbar hat dieser mein Verzicht nur als besonderer Vertrag, nicht als Anerkenntniß einer unrichtigen Rechtsthesis Kraft und Wirksamkeit. [17])

S. auch die Synops. der Basiliken. L. 8. t. 3. Cap. 38. th. 76. p. 102.
L. 2. C. d. temp. et rep. app. (7. 63.)
L. 3. C. d. error. adv. (2. 10.)
C. 13. u. 15. X. d. re jud. s. Bœhmer pr. I. can. §. 823. u. Martin Lehrb. des Proz. S. 185. S. 320.
v. Batz Abhandlungen über verschiedene Gegenstände des natürlichen u. positiven Rechts. Tüb. 1716. Abh. 20. S. 255.
Vergl. v. Almendingen Metaph. des Civ.Proz. 1. B. S. 138. 162. 172. 255. 310. 341.

16) L. 2. ff. d. I. et facti ign. (22. 6.)

17) L. 40. §. 1. ff. d. pact. L. 2. t. 14.
L. 29. C. ibid. (2. 3.)
L. 1. §. 3. ff. a quibus app. (42. 2.)
L. 50. ff. de re jud. (42. 1.)
L. 3. C. d. fide instr. (4. 21.)
L. 2. C. comm. utriusque jud. 3. 38.
Harpprecht D. de eo, quod justum est c. conversionem actuum juridicorum.

§. 7.

Ganz verschieden nach ihrem innern Wesen sowohl, als nach ihren rechtlichen Folgen sind daher, was auch schon Altimarus nicht unbemerkt ließ, [18]) directe, oder indirecte Anerkenntniß einer Nichtigkeit und directer, oder indirecter Verzicht auf eine Richtigkeitsquerel selbst.

v. Gönner scheint auch das Unhaltbare seines Princips tief gefühlt zu haben, da er schreibt: „Unter allen Einwürfen gegen mein Princip „ist keiner wichtiger, als der, welchen man von

---

v. Almendingen am ang. O. in der Abhandlung 10. Ueber den obersten Erkennungsgrund und über die Wirkungen eigentlicher prozessualischer Nichtigkeiten S. 253 theilt die unheilbaren Nullitäten des römischen Rechts in natürliche — welche aus den Gesetzen des Denkens und aus dessen Ausspruche: Jede Handlung ist in Hinsicht ihres Zwecks nichtig, wenn ihr Inhalt in keinem möglichen Causalzusammenhange mit der beabsichtigten Wirkung steht, und in positive, welche aus den Bestimmungen des Gesetzes fließen. Die natürlichen — behauptet er — seyen durch den jüngsten Reichsabschied für unheilbar — die positiven aber ohne Ausnahme als heilbar erklärt worden. Gegen diesen Eintheilungsgrund an sich läßt sich zwar nichts einwenden; allein eine Hauptfrage ist die, worin liegt der Character der heilbaren und und unheilbaren Nichtigkeiten des positiven römischen Rechts? und gerade diese Aufgabe läßt der scharfsinnige Schriftsteller unbeantwortet.

Ueber den Sinn des jüngsten Reichsabschieds am Schlusse dieser Abhandlung!

18) de nullitatibus sententiarum etc. P. 1. rubr. 4. qu. 63. n. 10. p. 210. „Licet pacto partium non possit „confirmari sententia nulla *in vim sententiæ*, tamen „intelligitur confirmata *in vim* qualisqualis *conventio*-„*nis*." u. P. 2. rubr. 13. qu. 311 n. 35. p. 699. „Licet partes non possint juris *ordini renunciare*, pos„sunt tamen *nulliter acta approbare*."

„der Verzichtbarkeit des Gegenstands hernimmt. „Wenn eine Parthey auf ihr ganzes Recht „Verzicht leisten kann, so schlägt diese Be„trachtung das ganze Fundament nie„der, worauf ich die Darstellung von „unheilbaren Nullitäten gebaut habe; „eine Parthey, wenn sie auch einen unfähigen „Richter durch Verzicht nicht in einen fähigen „umschaffen kann, vermag doch das von ihr „verfolgte Recht aufzugeben, und sein Urtheil „als gültig anzuerkennen." 19)

Denselben bedeutenden Unterschied scheinen Jan 20) und Andere ganz übersehen zu haben, indem sie aus der freyen Willkühr der Partheyen, ihre Rechte ganz aufzugeben, den Satz ableiten wollen, daß selbst gegen arctatorische Fristen und namentlich auch gegen das Fatale der Appellation durch freywillige Uebereinkunft eine Verlängerung Statt finde, vorausgesetzt, das Gesetz verordne in besondern Fällen nicht das Gegentheil. Daß eine Parthey auf ihre aus der Versäumniß des Appellationsfatals entstandenen Rechte durch einen besondern Vertrag ganz verzichten könne, läßt sich freylich nach der

---

19) v. Gönner am ang. O. §. 36. S. 449. „Nicht ei„nen Verzicht auf das Streitobject — nur auf „weitere Rechtsvertheidigung — lehrt von Almendingen (S. 341) — „faßt der Nichtge„brauch der Appellation in sich." Aber auch dadurch wird für die Lehre selbst Nichts gewonnen. Verzicht auf weitere Vertheidigung würde die Nullitätenklage eben sowohl ausschließen, als Verzicht auf das Streitobject.

20) Diss. de prorogatione et coarctatione conventionali fatalis interponendæ appellationis. Giessæ 1787. §. 3. pag. 8.

L. 5. §. 6. C. d. temp. et præscr. 21) (7. 63.) worauf sich jene Schriftsteller hauptsächlich berufen, nicht bezweifeln; aber jener besondere Vertrag erhebt das Erkenntniß, das eine Verlängerung des Appellationsfatals bewilligt, dadurch aber das unwandelbare öffentliche Recht verletzt, nicht sowohl zu einem gültigen Erkenntnisse, als daß er vielmehr nur die Erörterung der Frage, ob das die Fatals-Verlängerung gestattende Erkenntniß nichtig, oder gültig sey, als überflüssig ganz abschneidet, indem er in jedem Falle die Nichtigkeitsklage selbst ausschließt.

Auch der angeführten L. 5. liegt kein bloßes Anerkenntniß gegen eine Abweichung vom Gesetze, sondern ein vorläufiger Verzicht auf die Klage aus derselben zum Grunde. 22)

§. 8.

Nicht minder von einander verschieden sind Anerkenntniß einer wesentlichen Rechtsbe-

---

21) „Sin autem partes inter se scriptura interveniente „*paciscendum* esse crediderint, nemini parti licere ad „provocationis auxilium pervenire, vel ullum fatale „observare; eorum *pactionem* firmam esse censemus. „Legum etenim austeritatem in hoc casu volumus „pactis litigantium mitigari.“ L. 1. §. 3. ff. à quib. app. non l. c. (49. 2.)

S. auch die Ecl. der Basil. L. 9. C. I. thema p. 107. „nec is, qui ante sententiam professus fuerit, se „non provocaturum, provocare potest.“ u. thema 128. pag. 9. „Sin autem partes inter se pactæ fuerint, ut „dies fatales non observentur, *ejusmodi pactum* consti„tutio firmum esse vult.“ —

22) v. Almendingen am ang. O. S. 174.

v. Gönner Erört. über den gem. Proz. n. 24. S. 101. u. Handbuch des Proz. 3. Bd. nr. 59. S. 233.

stimmung, und Anerkenntniß eines erheblichen Thatumstands. Das Anerkenntniß über einen erheblichen Thatumstand — vorausgesetzt nur, daß sein Ungrund nicht schon am Tage liege, 23) vertritt nicht nur die Stelle des Beweises, sondern es theilt seine Wirkungen mit den einer Sentenz und zwar einer in Rechtskraft erwachsenen Sentenz. 24) Liegt einmal ein Geständniß vor, so bedarf es einer weitern Cognition und eines weitern Verfahrens gar nicht mehr, denn Nichts, als die Verhängung der Execution bleibt dem Richter mehr übrig. 25)

Je gewisser also Thatumstände durch Eingeständniß als bewiesen anzunehmen sind, desto einleuchtender scheint es zu seyn, daß auch im gerichtlichen Wege die Partheyen in Beziehung auf die Frage, ob und wiefern ein erheblicher Thatumstand für bewiesen anzunehmen sey, einen ganz freyen Dispositionsraum haben. Eine unmittelbare Folge aber davon wäre der Satz, daß solche Richtigkeiten, durch welche der Richter einen erheblichen Thatumstand für bewiesen annimmt, der es nach rechtlichen Principien nicht ist, oder für nicht bewiesen, der es nach denselben ist, durch Nichtgebrauch der Appellation, als eine solche omissive Handlung, mit welcher die Gesetze eine stillschweigende Genehmigung oder ein

---

23) L. 4. ff. d. conf. (L. 42. t. 2.)
L. 23. §. 11. ff. ad L. aq. (9. 2.)

24) L. 1. ff. d. conf
L. 6. pr. §. 2. ff. ibid. (42. 2.)
L. un. C. d. conf. (L. 7. t. 59.)
L. 56. ff. de rejud. (42. 1.)

25) L. 29. ff. d. donat. (39. 5.)
L. 13. C. d. non num. pec. exc. (4. 30.)
L. 25. §. 5. ff. ad L. aq. (9. 2.)

stillschweigendes Anerkenntniß aller anerkennbaren Gesetzwidrigkeiten einer Urthel verbinden, heilbar seyen.

§. 9.

Allein der Unterschied zwischen Anerkenntniß eines wesentlichen Rechtssatzes und Anerkenntniß eines erheblichen Thatumstands, ob ihn schon auch das römische Rechtssystem durch die bekannte Distinction zwischen Nichtigkeiten contra jus constitutionis — jus in thesi — und contra jus litigatoris — jus in hypothesi — zum Grunde gelegt zu haben scheint, ist offenbar nur im außergerichtlichen Wege von Bedeutung, wo gegen die bekennende Parthey nicht in Folge eines gerichtlichen Spruchs, sondern in Folge ihres eigenen Bekenntnisses, wie die L. 1. ff. de conf. sich auch bestimmt ausdrückt, 26) — *ex sua sententia* — zur Execution geschritten wird.

Nimmt hingegen der Richter durch ein von ihm ausgesprochenes Urtheil einen erheblichen Thatumstand für bewiesen an, der es nach der Theorie der Beweise nicht ist, oder für nicht bewiesen, der es nach derselben ist, so läßt sich keineswegs behaup-

26) Confessus *pro* judicato est, qui quodammodo *sua sententia* damnatur.

L. 56. ff. de re jud. (42. 1.) „In jure confessi pro „judicatis *habentur*.“

L. 25. ff. ad L. aq. „*nullæ partes sunt judicandi in* „*confitentes*.“

S. auch die Ecloga der Basil. L. 9. t. 3. Cap. 52. pag. 111. u. Cod. Gregor. L. 10. T. 2. bey Schulting jurisprud. antejust. pag. 704. — Daher auch Quintilian declam 314. sagt:

„Confessio est *contra se pronunciatio*.“

ten, daß die Nichtigkeit, die er begeht, durch ein in dem Nichtgebrauche der Appellation liegendes Anerkenntniß der Parthey, gegen die sie begangen wird, als durch das Anerkenntniß eines bloßen, obschon erheblichen Thatumstands geheilt werden könne.

Die Gründe für diese Behauptung sind zu evident, als daß sie einem Zweifel darüber wohl noch Raum geben könnten.

§. 10.

Wesentliche Rechtssätze und erhebliche Thatumstände sind bey einem Rechtsstreite aufs innigste in einander verkettet. Verletzt eine Sentenz das Recht der Constitution, oder streitet sie nach der Sprache der Practiker, contra jus in thesi, so verletzt sie immer auch durch Induction das Recht des litigators, das heißt, sie streitet oblique gegen das jus in hypothesi, und eben so auch umgekehrt. Sentenzen sind Nichts anderes, als wahre Vernunftschlüsse. Der Obersatz ist das Gesetz, der Untersatz das Factum, das darunter subsumirt wird, und aus beyden geht die Sentenz als Conclusion hervor. Ein Fehler in einem der Bestandtheile ist Fehler in allen.

Usuraria pravitas ist z. B. gesetzwidrig. Wird irrig nicht für bewiesen angenommen, daß Mevius 12. p. c. aus seinem Darlehen erhalten habe, so wird indirect nicht nur gegen die Gesetze über die Kraft der Beweise gehandelt, sondern auch gegen den Rechtsgrundsatz: Wucher ist gesetzwidrig.

So befreyt ferner eine Anzahl von 3 in Rom lebenden, oder in der Schlacht gefallenen Kindern von Uebernahme einer Tutel.

Nimmt der Richter irrig für bewiesen an, daß mir außer 2 in Rom lebenden Kindern ein drittes, das ich nie hatte, in der Schlacht gefallen sey, so stellt er stillschweigend zugleich unrichtige Beweis-Principien, so wie den unrichtigen Satz auf, daß eine Anzahl von 2 in Rom lebenden Kindern jenes Privilegium begründe.

Nimmt ferner eine Urthel Einen als 14jährig, folglich als testamentsfähig an, der erst 12 Jahre alt ist, so sündiget sie nicht bloß gegen das sogenannte Recht in hypothesi, sondern auch gegen das jus in thesi, denn sie spricht neben falschen Beweis-Principien auch stillschweigend den Satz aus: Ein 12jähriger kann testiren.

Mit Recht nennt daher v. Almendingen das wirkliche Recht „das durch Thatsachen und positive Gesetze begründete." — Gros [27]) aber das ihm entgegengesetzte förmliche Recht, „was bey „einem Rechtsstreite im gesetzlichen Wege des richterlichen Verfahrens als das durch die vorgetragene Thatsache und das bestehende Gesetz bestimmte Rechtsverhältniß zwischen den streitenden Partheyen ausgesprochen ist." [28])

Diese Betrachtungen, die schon von Alef [29]) und Andern angestellt — mit vielem Scharfsinne aber durch v. Gönner weiter ausgeführt wurden, scheinen freylich das ganze Gebäude der gewöhnlichen Lehre von Nichtigkeiten ganz zu untergraben.

---

27) am angef. O. 4. S. 54.
28) Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft, oder des Naturrechts. 3. Ausg. Tüb. 1815. S. 281.
29) D. d. charactere sententiam, quam vocant nullam ab ea, quam iniquam, validam tamen dicunt, discriminante. §. 22. etc.

Aus ihnen scheint zu folgen, daß entweder kein oder wohl jedes rechtsverletzende Urtheil gegen das Recht in thesi streite.

§. 11.

Doch — auch die römischen Juristen und Gesetzgeber philosophirten über diesen Gegenstand um Nichtsweniger richtig. Eben deswegen glaubten sie aber von ganz andern und zwar folgenden Principien ausgehen zu müssen:

Jede Urthel kann entweder ihrer Form, oder Materie nach betrachtet werden. Unter der Form einer Urthel 30) versteht man das, wodurch sie ist, was sie ist, nämlich die Art und Weise, wie sie — von ihrem Gegenstande ganz abgesehen — erkennt, unter der Materie hingegen das, woran deren Form sich findet — das heißt, den reinen Gegenstand selbst, welcher erkannt wird.

---

30) L. 4. §. 6. ff. d. re jud. (42. 1.)
„Condemnatum accipere debemus eum, qui *rite* „condemnatus est, *ut sententia valeat.*"
L. 4. C. d. sent. et interl. (7. 45.)
„Prolatam à Præside sententiam *contra solitum ju-* „*diciorum ordinem* auctoritatem rei judicatæ non ob- „tinere certum est."
L. 5. C. quando prov. non est nec. (7. 64.) „con- „tra *legis statutum modum* etc."
L. 7. ff. d. restit. „Nihil facile *ex solennibus* (judicio- rum) mutandum est."
L. 1. C. d. execut. rei jud. (7. 53.) — „Prius ergo „est, ut *servato ordine* actionem — dirigas *et causa* „*cognita* sententiam accipias."
L. 5. C. de legibus. (1. 14.)
L. 1. C. d. liber. causa. (7. 16.)
L. 1. §. 3. ff. quæ sent. etc. (49. 8.)
L. 30. ff. d. rec. arb. (4. 8.)
L. 8. C. quom. et quando jud. (1. 43.)

Die Materie einer Urthel beschäftiget sich daher mit dem Factum und dem Rechte ohne alle Trennung beyder.[31]) Ex facto jus oritur[32]) — Der Richter, der in Beziehung auf die Materie gesetzwidrig handelt, stoßt nicht nur gegen das Factum, sondern immer zugleich auch gegen das Recht an; er spricht durch seine aus den beyden Prämissen gezogene irrige Conclusion immer ein Recht ab. [33])

Nun sollte zwar der Natur der Sache nach eine Urthel, die der Materie nach gegen wesentliche Gesetze anstoßt, immer eben so unheilbar nichtig seyn, als eine Urthel, welcher eine wesentliche Form mangelt; aber gerade hier liegt der wichtige Punkt, wo die römischen Gesetzgeber aus höhern Gründen, die sie in ihren Vorschriften über die Art der Rechtsverfolgung überhaupt nie aus dem Auge verloren — aus Vorsorge, Prozesse nicht zu verewigen [34]) und das Eigenthum der Privaten nicht

31) Nach dem Begriffe, den Cujacius ad Cod. L. 7. t. 45. von einer Sentenz aufstellt, unterscheidet auch er nur zwischen ihrer Form und Materie überhaupt — ohne alle weitere Distinction der letzten „Sententia „est decretum à judice interpositum, *servato ordine* „*judiciorum de summa, vel capitulo quodam litis*, quod „absolutionem rei continet, vel condemnationem ac„toris, aut rei.“

32) L. 52. §. 2. ff. ad L. aq. (9. 2.)

33) Die gesetzlichen Ausdrücke: „judicare contra leges, — jus — sacras constitutiones — juris rigorem — perpetui *juris* formam — manifestam *juris* formam — sind also immer nur der Prozeßform ꝛc., oder nach der L. 4. C. d. sent. et interl. der ordo judicii — processus — keineswegs aber dem Factum entgegengesetzt.

34) L. 13. C. de judic. (3. 1.)
„Properandum est, ne lites fiant pene immortales, „et vitæ hominum modum excedant.“

allzusehr der Ungewißheit Preis zu geben, 35) durch positive Bestimmungen einschreiten mußten, wenn die Zahl der unheilbar nichtigen Urtheln nicht ins Unendliche gehen sollte. 36)

Sie verordneten in dieser Hinsicht, daß nur solche dem Factum und den wesentlichen Rechtsgrundsätzen, oder Rechtsformeln gleich zuwiderlaufenden Urtheln als unheilbar betrachtet werden sollen, welche in Absicht auf letztere einen Irrthum ausdrücklich enthalten.

Und wie sollte diese Verordnung der Vorwurf treffen, als wäre sie vernunftwidrig! Sie fließt nicht aus der grundlosen Distinction zwischen jus in thesi und hypothesi; sie stellt ein die Zahl der

---

L. 21. in f. ff. de reb. cred. (12. 1.)
L. 6. ff. de exc. rei jud. (42. 1.)
L. 13. ff. d. damno inf. (39. 2.)
L. 2. C. d. re jud. (7. 52.)
L. 3. §. 1. ff. L. 37. ff. d. rec. arb. (4. 8.)
L. 11. C. d. reb. cred. (4. 1.)
L. f. princ. ff. pro suo. (41. 10.)
L. f. princ. ff. d. aq. et aq. pluv. (39. 3.)
Nov. 18. Cap. 10.
Paulus rec. sent. L. 2. t. 1. §. 1.

35) L. 1. ff. d. usurp. et usuc. (41. 3.)
„Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet „quarundam rerum diu et fere semper incerta domi„nia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas „res suas statuti temporis spatium"

36) L. 65. §. 2. ff. ad Senat. C. Treb. (36 1.)
„*Publice interest* propter rerum judicatarum aucto„ritatem."
Cicero orat. pro Sylla p. 364. „Status reipublicæ, „seu publica rei publicæ salus rebus judicatis conti„netur." u. in Off. L. 2. C. 18. „A litibus quantum „licet et nescio, an paulo plus etiam, quam liceat, „abhorrendum."

Richtigkeiten der Materie überhaupt nach beschränkendes Princip auf, das mit jener Distinction im Grunde gar Nichts gemein hat; sie setzt klar voraus, daß der Materie nach in jeder Urthel Factum und Recht unzertrennbar seyen, daß jede rechtliche Entscheidung aus einer Vergleichung beyder hervorgehe, daß der Richter unmöglich gegen das eine anstoße, ohne zugleich auch gegen das andere anzustoßen. Allerdings unterscheiden zwar selbst auch die Gesetze [37]) zwischen jus constitutionis und jus litigatoris; allein diese Ausdrücke haben nicht den Sinn, den unsere Praxis mit jenen unlogischen Begriffen verbindet.

Sie deuten nur den Unterschied an, der beobachtet werden soll, ob eine Urthel — der Materie nach betrachtet — auf einem Irrthume über einen wesentlichen Rechtssatz ausdrücklich — contra manifesti juris formam — contra juris rigorem — oder nur stillschweigend — salvis legum verbis — ohne Verletzung der Rechtsformel sich gründe. Im ersten Falle, wo sich der Richter — als Priester des Rechts [38]) — zu einem irrigen Rechtssatze unumwunden bekennt, [39]) wo sich das Gesetz, das er beschwur, [40]) und dessen Organ — viva vox [41]) —

---

37) besonders L. 1. §. 2. quæ sententiæ sine appel. (49. 8.)

38) L. 1. ff. de just. et jure. „Juris merito quis nos „sacerdotes appellat.“

39) L. 2. §. 13. ff. d. orig. I. „Per eos, qui juri di„cundo præsunt, effectus rei accipitur. Quantum enim „est jus in civitate esse, nisi sint, qui jura regere „possint?“ Nov. 82. C. 13. L. 12. C. d. juris et facti ign. (1. 18.) L. 9. C. d. leg. (1. 14.) L. 5. in I. C. d. ædif priv. (8. 10.)

40) L. 14. C d. jud. (3. 1.)

41) L. 8. C. d. just. et jure. (1. 1.)

er ist, durch sein Erkenntniß, das ihm denselben Irrthum gleichsam selbst in den Mund legt — falsum jus *reddit* 42) unmittelbar gekränkt findet, wo sichs von seinem Ansehen, von seiner Heiligkeit 43) und Unverletzbarkeit 44) nach dem Ausspruche der beyden Imperatoren Theodosius und Valentianus in der

L. 4. C. de legibus (1. 14.) „de auctoritate „juris nostra pendet auctoritas."

vorzüglich mithandelt, soll die Urthel contra jus constitutionis — contra *juris rigorem* — contra *manifesti juris formam* — folglich unheilbar nichtig — im zweyten hingegen, wo dem Gesetze nicht direct, sondern nur mittelbar durch die Person des Litigators zu nahe getreten ist, wo zunächst nur dieser eine Rechtsverletzung leidet, 45) nur contra

42) L. 19 §. 1. ff. d. off. præs. (1. 18.) „qui jus *reddit*, „ita *reddere* debet, ut autoritatem dignitatis ingenio suo „augeat." L 1. ff. d. div. temp. præscr. (44. 3.) L. 3. C de sent. ex per. recit. (7. 44.)

43) L. 9. §. 3. ff. d. rer. divis. (1. 8.) „Leges sunt sanctæ."

44) L. 25. ff. ad L. Cornel. de fals. (48. 10.) „Qui nomine Prætoris literas falsas *reddidisse*, edictumve falsum proposuisse dicetur ex causa, actione in factum „poenali tenetur, quanquam L. Cornelia reus sit."
Conf. L. 8. ff. ad L. Jul. peculatus etc. (48. 13.)
L. 1. C. ad leg. Jul. majest. (11. 8.)
L. 1. §. 3. ff. ad L. Cornel. d. fals. (48. 10.)

45) Collatio legum mos. et roman. t. 2. §. 5. „Generaliter dicitur injuria omne, quod non jure fit, nam „cum Prætor *adversus nos* pronunciaret, *injuriam nos* „*accepisse* dicimus."
L. 1. ff. d. usuris. (22. 1.)
L. 1. ff. d. injuriis. (47. 10.)
L. 40. ff. d. jud. (5. 1.)
L. 46. §. 4. ff. de proc. (3. 3.)
L. 13. ff. quibus mod. pign. (20. 6.)
Pr. Inst. de injur. (4. 4.)

jus litigatoris — eben darum aber auch in seinen Folgen minder bedeutend — das heißt, bloß heilbar nichtig seyn.

Daß die angeführten Gesetzstellen, namentlich die L. 1. §. 2. ff. quæ sent. sine appell. (49. 8.) keinen andern Sinn, als den hier dargestellten haben, dafür spricht besonders auch theils die große Strenge, mit welcher die alten Römer an die Formeln ihrer Tafelgesetze, ihrer Edicte — ait Lex — ait Prætor — so fest hielten, daß sie sich selbst unbedeutende Abänderungen darin nicht erlaubten, 46) theils der Grundsatz nach der

L. 1. §. 1. ff. de feriis (2. 12.) — „Si vero cum „abesse perseveraverint, (litigantes) sententiam „judex protulerit, consequens erit, dicere, sen„tentiam nullius esse momenti. *Neque enim „Prœtoris factum juri derogare oportet et „citra appellationem igitur sententia infirma„bitur.*“ 47)

---

46) L. 2. C. d. condit. insert. (6. 46.) „absurdum est, „perpetui edicti negligi formam.“ L. 13. C. d. testam. (6. 23. — „Non autem jurisdictionis mutare „formam, vel juri publico derogare cuiquam permis„sum est.“ L. 5. §. 7. ff. d. admin. tut. (26. 7.) — „Nemo jus publicum remittere potest, *nec mutare* „*formam antiquitus constitutam.*“ L. 27. ff. d. Reg. I. (50. 17.) L. ult. C. d. leg. (1. 14.) L. 1. C. de formul. (2. 28.) Pr. I. d. off. jud. (4. 17.) Otto. Papinianus Cap. 10. p. 294. „Qui in formula vel syl„laba deerrabat, *causa cadebat.*“

Brissonius de formul. et solenn. populi rom. L. 5. nr. 40 — 43. pag. 363.

Heineccius de jurispr. veter. roman. formularia in opusc. varior. p. 431.

Ræyardus de auctoritate prudentum. Cap. 2. in opusc pag. 952.

47) Weitere hieher sich beziehende Gesetze s. oben §. 2.

Ueber allen Zweifel erhebt sich aber dies aus einer Stelle der Basiliken

L. 9. t. 1. de appellat. T. 1. pag. 452.

Sie lautet nach einer Uebersetzung des Fabrottus also:

„Item cum *contra constitutiones* judicatur, „appellare necesse non est. Contra constitutiones autem judicatur, cum quid *contra* „*ipsas* fit, non contra personam litigatoris: „nam *si dixerit, neque filios, neque ætatem* „*prodesse ad excusationem, jus impugnat:* „Si vero, non constare de numero liberorum, aut de ætate, *personam litigatoris* „*oppugnat.*“ 48)

Selbst dolose Gesetzwidrigkeiten, die sich ein Richter erlaubte, sollten nach der L. 65. §. 2. ff. de Senat. Cons. Treb. (36. 1.) an sich noch keine unheilbare Nichtigkeit begründen. (§. 15. lit. g.) Aber warum wohl dies sogar? Gewiß darum, weil sie nur als Kränkungen gegen die Parthey — nicht als Handlungen, die das Richteramt und in ihm zugleich das Ansehen der legislatorischen Gewalt, oder das Recht der Republik — wie Ulpian sich ausdrückt — 49) unmittelbar compromittiren, betrachtet wurden.

Uebrigens war jenes einfache Mittel, einer immensen Anzahl unheilbarer Nichtigkeiten mit einem

---

48) Kürzer — aber wohl in gleichem Sinne — drückt sich Harmenopul proch. leg. L. 1. t. 4. p. 60 aus: „Si appellationis prosecutio non processerit, rata manet sententia, *nisi expressim contra leges sit.* Ebenso pag. 66. ibid.

49) L. 2. §. 8. ff. d. adm. rer. ad civit. pert. (50. 8.) „*Jus reipublicæ* pacto mutari non potest.“

Mase kraftvoll zu begegnen, zugleich um so natürlicher, je tiefer es sich zugleich längst schon im römischen Rechtssysteme gegründet fand.

So wie die römischen Juristen bey manchen andern Lehren, namentlich bey Erbeinsetzungen, 50) bey Legatsanordnungen, 51) bey gewissen Verträgen, 52) bey Servitutsbestellungen 53) und überhaupt bey allen sogenannten actionibus legis, oder — was eins ist — actibus legitimis, 54) folglich auch bey der mancipatio, 55) acceptilatio, 56) hereditatis aditio, 57) servi optio 58) tutoris datio 59) und selbst in manchen andern ähnlichen Fällen, deren besondere Erwähnung hier allzuweit führen würde, den Grundsatz aufstellten, 60)

---

50) L. 68. ff. d. hered. inst. (28. 5.)
51) L. 1. ff. d. leg. I. L. 52. ff. d. cond.
52) L. 7. §. 15. L. 27. §. 3. ff. de pact. (2. 14.)
53) L. 4. pr. ff. d. servit. (8. 1.)
54) L. 77. ff. d. reg. I. „Actus legitimi, qui recipiunt „diem, vel conditionem, veluti mancipatio — in to„tum vitiantur per temporis vel conditionis adjectio„nem; *non nunquam* tamen *tacite recipiunt, quae aperte* „*comprehensa vitium adferunt*, nam si acceptum fera„tur ~~ei, qui~~ sub conditione promisit, ita demum egisse „aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis condi„tio extiterit, *quae si verbis nominatim acceptilationis* „*comprehendatur, nullius momenti faciet actum.*"
55) L. 15. ff. d. manumiss. (40. 1.) L. 1. ff. d. statu. liber. (40. 7.)
56) L. 77. ff. d. Reg. I. (50. 17.)
L. 12. ff. d. accept. (46. 4.)
57) L. 5. §. 1. ff. quis ordo etc. (38. 15.)
58) L. 21. ff. d. opt. leg. (33. 5.)
§. 23. I. de leg. (2. 20.)
59) L. 6. §. 1. ff. d. tut. (26. 1.)
60) Zur näheren Erläuterung über diesen mit der Nullitäten-Lehre innigst verbundenen Grundsatz findet sich

Expressa nocent, non expressa non nocent. [61]) so giengen sie auch hier ihm nach.

Sie sahen nämlich nach

L. 1. §. 2. ff. quæ sentent. sine appell. (49. 8.)

„Item cum contra *sacras constitutiones* judicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem judicatur, *cum de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronunciatur:* nam si judex volenti se ex cura muneris, vel tutelæ beneficio liberorum, vel ætatis, aut privilegii excusare *dixerit, neque filios, neque ætatem, aut nullum privilegium ad muneris, vel tutelæ excusationem prodesse, de jure constituto pronunciasse intelligitur.* Quod si de jure suo probantem admiserit, sed ideirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit, eum de ætate sua, aut de numero liberorum probasse, *de jure litigatoris* pronunciasse intelligitur.“

L. 2. C. quando provocare non est nec.

„*Si* cum inter te et aviam defuncti quæstio de successione esset, *judex* datus à Præside provinciæ *pronunciavit,* potuisse defunctum etiam minorem 14. annis testamentum facere, ac

---

am Schlusse dieser Abhandlung noch ein besonderer Anhang.

S. besonders auch Bœhmer D. de sententia in rem jud. non transeunte. Tom. 5. exercit. ad ff. p. 553.

61) L. 195. ff. d. Reg. I. (50. 17.)
L. 1. u. 52. ff. d. leg. 2.
L. 132. ff. d. Verb. oblig. (45. 1.)

„per hoc aviam potiorem esse, sententiam ejus „*contra tam manifestam juris formam* datam „nullas habere vires, palam est, et ideo in „hac specie nec provocationis auxilium neces-„sarium fuit. Quodsi cum de ætate quære-„retur, implesse defunctum 14. annum, et per „hoc jure testamentum factum pronunciavit, „nec provocasti, aut post appellationis imple-„tam causam destitisti, rem judicatam retrac-„tare non debes."

Ferner nach

L. 19. ff. d. appell. et rel. (49. 1.)

„Si expressim sententia *contra juris rigorem* „data fuerit, valere non debet et ideo sine „appellatione causa denuo induci potest. Non „jure profertur sententia, *si specialiter contra* „*leges* vel Sctum vel constitutionem fuerit „prolata." —

nur dann eine Urthel der Materie nach, oder — was eins ist — eines bey Beurtheilung des Factums zum Grunde gelegten irrigen Rechtssatzes halber für unheilbar an, wenn sie gegen einen wesentlichen — einer Anerkennung der Partheyen unfähigen Rechtssatz ausdrücklich und direct — contra juris rigorem — manifesti juris formam — perpetui juris formam etc." anstoßt, in den übrigen Fällen hingegen bezeichneten sie dieselbe mit dem Namen einer Urthel contra jus litigatoris — das heißt heilbar nichtigen Urthel.

Deutlich genug drücken dies die angeführten Gesetzstellen aus, indem sie sich besonders der sehr nachdrücklichen Worte bedienen:

nach L. 1.

— „Si judex *dixerit:* „„neque ætatem, ne-
„„que ullum privilegium ad tutelæ excusatio-
„„nem prodesse.““

nach L. 2.

„Si judex *pronunciaverit, potuisse* defunctum
„etiam *minorem* 14. *annis testamentum facere*
„*et per hoc* aviam potiorem esse“ etc.

nach L. 19.

„Si *expressim* sententia contra *juris rigorem*
„data fuerit“ etc.

„Si *specialiter*“ etc.

nach L. 5. C. d. appell. (7. 63.)

„*Juxta perpetui juris formam*“ —

nach L. 2. quando non prov. etc. (7. 64.)

„*contra tam manifesti juris formam*“ —

nach L. 1. C. de sent. quæ sine etc. (7. 46.)

„*non contra juris formam* sententiam datam
„palam est.“ —

§. 12.

Doch auch die

L. 32. ff. de re jud. (42. 1.)

und die

L. 27. ff. ibid.

geben hierüber weitere unzweydeutige Aufschlüsse.

Nach dem in der ersten Gesetzstelle 62) gegebenen Falle stellt der Richter ausdrücklich eine rich-

62) „Cum *prolatis constitutionibus* contra eas pronunciavit „judex eo, quod non existimat, causam, de qua judi- „cat, per eas juvari: non videtur contra constitutio- „nes sententiam dedisse, *ideoque* ab ejusmodi senten- „tia appellandum est: alioquin rei judicatæ stabitur.“

tige Thesis — Gesetzesformel — auf — „prolatis constitutionibus" — In der Meynung, sie habe auf die Merkmale des bestimmten Rechtsstreits keinen Einfluß, fällt er aber eine ihr zuwiderlaufende Sentenz, von der der Jurist behauptet, daß sie nicht gegen die Formel der Constitution, sondern nur gegen das Recht des Litigators ausgesprochen sey, und davon appellirt werden müsse, sofern sie nicht in Rechtskraft übergehen soll.

Daß die gegebene Urthel unmöglich contra jus litigatoris streiten könne, ohne zugleich das jus constitutionis zu verletzen, wäre keinem Zweifel unterworfen, wenn diese Ausdrücke wirklich den Sinn hätten, den man bisher mit ihnen verknüpfte; aber davon kann nach Obigem (§. 11.) wohl keine Frage mehr seyn. Die Urthel stellt eine richtige Rechtsformel ausdrücklich auf und darum betrachtet der Jurist in strengster Consequenz mit allen übrigen Gesetzen die begangene Nullität des Richters — sollte ihn auch der Vorwurf einer Arglist treffen — (§. 11. u. 15) 63) als heilbar durch Unterlassung der Appellation.

Der in der angeführten zweiten Gesetzstelle 64) enthaltene Fall ist dieser: Der Präses der Provinz

---

63) L. 29. ff. d. leg. (1. 3.) „Contra legem facit, qui id „facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui sal„vis verbis legis sententiam ejus circumvenit." L. 5. C. d. leg. (1. 14.) s. oben §. 15. lit. g.

64) „Præses provinciæ in usuras usurarum condemna„vit contra leges et sacras constitutiones, ideo Lucius „Titius contra prolatam sententiam injustam appella„vit: Quæro cum non secundum legem Titius provo„casset, an exigi posset pecunia secundum condemna„tionem. Modestinus respondit, si *sententiae certa* „*quantitas continetur*, nihil proponi, cur judicati agi „non possit."

verurtheilt einen Schuldner in Zinse aus Zinsen. Er appellirt zwar, aber unförmlich. Es fragt sich daher, ob nun auf Vollziehung der Sentenz geklagt werden könne, und Modestin bejaht die Frage unter der Voraussetzung, daß in der Urthel nur eine gewisse Summe überhaupt ausgedrückt sey. Auch hier lag also der Grund der Entscheidung darin, daß der Richter nicht ausdrücklich und direct gegen das verbietende Gesetz auf wucherliche Zinse erkannte. 65)

Man behaupte hier nicht, diese Distinction, die auch schon den Glossatoren, z. B. dem Accursius, 66) Cinus de Pistorio, 67) Alexander Tartagnus Imolensis rc. 68) nichts weniger, als fremd war, beruhe auf einem bloßen Sophisma, das etwa den Practiker, aber nie den Rechtsphilosophen auszusöhnen vermöge!

Zwar wissen wir überhaupt, daß sich die römischen Juristen — zumalen um höhere Staatszwecke zu erreichen, nicht selten selbst Inconsequenzen erlaubten; 69) allein der Gesetzgeber erklärte durch seine Distinction keineswegs das Ungültige für gültig.

---

65) Ein weiteres Beyspiel giebt die L. 9. C. quando provoc. (7. 64.)

66) S. das glossirte Corpus I. von Hugo a Porta Lugd. 1551 unter den sämmtl. angef. Gesetzen der Pandecten und des Codex.

67) Super Codice cum additionibus 1493 unter dem Titel: quando prov. etc.

68) In I. et II. digesti veteris et novi Partem commentaria. Venet. 1576. tit. d. re jud. u quæ sent. sine app.

69) L. 51. §. 2. ff. ad L. aq. (9. 2.) „Multa jure civili „contra rationem disputandi pro utilitate communi „recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest.“ L. 21. ff. ibid. L. 16. ff. de legibus. (1. 3.) L. 91. §. 3. ff. d. V. Obl. (45. 1.)

Die Urthel, die stillschweigend — salvis legum verbis — gegen wesentliche Theile des Rechtssystems anstoßt, sollte um Nichtsweniger als nichtig angefochten werden können. Erforderte das Wohl des Staats einmal aber eine Bestimmung über die Frage, wie lange — so war es wohl etwas ganz Zufälliges, ob ein Zeitraum von mehreren Jahren, oder 10 Tagen zur Norm dienen sollte.

§. 13.

Der Unterschied, ob eine Sentenz mit den wesentlichen Theilen eines Rechtssatzes in directem, oder indirectem Widerspruche stehe, gilt eben sowohl auch von den wesentlichen Theilen eines Rechtsbegriffes. In dem Begriffe von dos liegt von selbst auch der Begriff von Ehe. Ließe sich ein Richter denken, der zu erkennen fähig wäre, daß ich des aufgelößten Eheverlöbnisses ungeachtet das von mir versprochene Heirathgut bezahlen soll, so würde sein Erkenntniß jenem wesentlichen Begriffe direct widersprechen, folglich unheilbar nichtig seyn. Verurtheilt er mich aber im Allgemeinen in die Bezahlung der versprochenen Summe, so erkennt er nur oblique gegen das Wesen jenes Begriffs und ich muß daher appelliren, wenn das Erkenntniß nicht rechtskräftig werden solle.

Eben so ist ein Erkenntniß, das mich verurtheilt, dem Mevius einen zweyjährigen Lohn zu bezahlen, meine bewiesene Einrede aber, daß er Krankheits halber mir nie einigen Dienst habe leisten können, für rechtlich unstatthaft erklärt, als dem Wesen des Begriffes von locatio conductio operarum direct widersprechend — ebenfalls unheilbar nichtig und nur dann, wenn dasselbe Erkenntniß etwa allgemein gefaßt ist, und ich überhaupt in die gebetene Summe

verurtheilt bin, habe ich Ursache, den Lauf der Rechtskraft durch Appellation zu hemmen. (§. 45.)

Von der Bestimmung, daß ein gegen einen wesentlichen Rechtssatz anstoßendes Urtheil nur dann unheilbar nichtig sey, wenn er darin ausgedrückt ist, machen übrigens die Gesetze zu Gunsten gewisser Classen von Personen — wie die §. 24. angegebenen Beyspiele zeigen — für einzelne bestimmte Fälle eine Ausnahme.

§. 14.

Das römische Princip über heilbare und unheilbare Nullitäten beschränkt sich nach dem bisherigen auf folgende kurze Sätze:

A.) Heilbar nichtig ist eine Urthel

a.) der Form nach, sofern sie nur den außerwesentlichen — natürlichen Theilen des gerichtlichen Verfahrens widerspricht,

b.) der Materie nach, sofern sie

1.) nur gegen die außerwesentlichen — natürlichen Theile eines Rechtsbegriffes, oder Hülfsbegriffes des Rechts, oder des Rechtssystems überhaupt selbst, oder so viel das letzte betrift, zwar auch

2.) gegen die wesentlichen Theile desselben, jedoch

a.) nur stillschweigend — salvis legum verbis — ohne ausdrückliche Verletzung der gegebenen Rechtsformeln anstoßt, vorausgesetzt, daß

b.) die Gesetze ihr nicht aus besonderer Begünstigung einzelner Classen von Personen als Aus-

nahme von der Regel in gewissen Fällen die Rechtskraft versagen.

B.) Unheilbar nichtig hingegen ist eine Urthel

a.) der Form nach, sofern sie gegen die wesentlichen Theile des gerichtlichen Verfahrens anstoßt,

b.) der Materie nach, sofern ihr

1.) die Gesetze aus besonderer Begünstigung gewisser Classen von Personen in bestimmten Fällen ausnahmsweise die Rechtskraft versagen (§. 13. u. 26.) oder

2.) sofern sie mit wesentlichen Rechtsbegriffen, oder Hülfsbegriffen der Rechtswissenschaft, oder mit wesentlichen Rechtsprincipien — Rechtsformeln — selbst in direktem — offen daliegendem — Widerspruche steht.

Es ist keine Nichtigkeit — heilbar, oder unheilbar — die sich nicht aus diesem Principe erklärte, und daher ganz ungegründet, wenn v. Gönner 70) behauptet, das römische Recht gehe seinen besondern Weg, es spreche überhaupt von Erkenntnissen, welche ohne Appellation angefochten werden können, zähle nichtige Erkenntnisse nur als eine Abart auf, gewisse Nichtigkeiten hätten daher einen ganz eigenthümlichen Character der Unheilbarkeit, wie z. B. die Nichtigkeit, wenn gegen ein in Rechtskraft erwachsenes Urtheil, oder aus falschen Zeugnissen, oder Dokumenten erkannt wird, oder wie die Nichtigkeit, die auf einem Rechnungsfehler beruht.

---

70) am angez. O. §. 2. 14. 32. u. 34.

Eine kurze Prüfung der Natur dieser einzelnen und andern Nullitäts-Arten wird das angegebene Princip von selbst als richtig erproben.

§. 15.

Unheilbare Nichtigkeiten haben ihren Grund

I.) in der Form einer Urthel durch Vernachläßigung wesentlicher Prozeßtheile. 71)

1.) Unter die wesentlichen Eigenschaften jeder Rechtspflege gehört Competenz und Fähigkeit des Richters, 72) daher ist der Ausspruch dessen, dem es hieran mangelt, unheilbar nichtig. In diese Categorie gehören die Fälle:

a.) Wenn Einer eine Urthel fällt, dem überhaupt die Ausübung der richterlichen Gewalt nicht zusteht.

L. 1. §. 12. ff. ad Sctum Tert. (38. 17.)
„Judicata accipere debemus ab eo, cui judi„candi jus fuit."

L. 23. §. 1. ff. d. appell. (49. 1.)
„Cum procurator Cæsaris, qui partibus Præsi„dis non fungebatur, in lite privatorum jus

---

71) S. die oben §. 11. angeführten Gesetze, u. weiter noch die L. 27. C. d. app. et consult (7. 62.) „No„minationes libellis vel edictis factæ citra concilium „publicum non valent, de quibus *nec appellare necesse „est, si solennitas deest*."
S. L. 53. Cod. theodos. (11. 30.) nach Gothofred T. 3. p. 268.

72) L. 3. C. d. jurisd. omn. jud. „Privatorum consensus „judicem non facit eum, qui nulli præest judicio, „nec quod is statuit, rei judicatæ continet autoritatem."
L. 4. C. si à non comp. (7. 48.)

„dandi judicis non habuisset, *frustra provo-*
„*catum ab ea sententia constitit, quæ non*
„*tenebat.*"

L. 5. C. quando prov. non est nec. (7. 64.)

L. 3. C. d. jurisdict. omnium jud. (3. 13.) 73)

und daraus erklärt sich besonders auch die absolute Nichtigkeit der Cabinetsjustiz.

L. 3. C. d. prec. imper. offer. (L. 1. t. 19.)
L. 7. C. ibid.
L. 6. C. si contra jus vel util. publ. (1. 23.)
L. 2. 5. 6. C. d. comminat. (7. 57.)
L. 2. §. 10. ff. ne quid in loco publ. (43. 8.)
L. 1. C. d. petit. bon. (10. 12.)
L. 4. u. 7. C. d. sent. et interl. (7. 45.)
L. 2. L. fin. C. ut lite pend. vel post prov. (1. 21.)
L. 29. ff. d. l. corn. (28. 10.)
L. I. C. sent. resc. non poss. (7. 50.)
Nov. 82. Cap. 13.
Nov. 113. Cap. 1.
Nov. 17. C. 3. u. 4. pr. in f.
Nov. 134. Cap. 6. 74)

oder dem

b.) eine bestimmte richterliche Gewalt nicht übertragen ist.

L. 2. C. si à non comp. (7. 48.)
„Si militaris judex super ea causa, de qua
„civilibus actionibus disceptandum fuit, non

---

73) Vergl. L. 2. C. theod. (4. 16.) nach Gothofr. T. I. p. 389.

74) v. Almendingen Metaph. des Civilproz. S. 10. Thibaut System des Pand.Rechts §. 34. S. 26.

„datus, à quo dari poterat, cognovit, *etiam*
„*remota appellatione* id, quod ab eo statutum
„est, *firmitatem judicati non habet.*“

L. 1. L. 3. C. ibid.
L. un. C. qui pro sua jurisd. (3. 4.) [75]

oder der sie

c.) über ihr bestimmtes Territorium ausdehnt.

L. 3. ff. d. off. præs. (1. 18.)
„Præses provinciæ in suæ provinciæ homines
„tantum imperium habet, et hoc dum in
„provincia est: *nam si excesserit*, privatus est.

L. f. ff. d. jurisdict. (2. 1.)
„Extra territorium jus dicenti impune non pa-
„retur.“

d.) Wenn von mehreren aufgestellten Richtern nur Einer —

L. 4. C. quando prov. non est nec. (7. 64.)
„Cum magistratus datos judices et unum ex
„his pronunciasse proponas, *non videtur ap-*
„*pellandi necessitas fuisse*, cum sententia jure
„non teneat.“

L. 39. ff. d. re jud. (42. 1.)

e.) wenn ein Richter zu einer andern Zeit spricht, als die ist, auf welche sich die ihm übertragene Richtergewalt beschränkte,

L. 6. C. quando prov. non est nec. (7. 64.)
„Cum non eo die, quo Præses provinciæ præ-

---

75) Ausnahmen der Regel enthalten:
L. 74. §. 1. ff. d. judic. (5. 1.) L. 2. §. 2. ff. ibid.
vergl. mit L. 13. C. d. jud. (3. 1.) L. 32. ff. ibid. (5. 1.)

„cepit, judex ab eodem datus, pronunciaverit, „sed ductis diebus, alienove tempore sententiam „dedisse proponatur, ne ambages frustra inter- „positæ provocationis alterius negotium pro- „trahant, *Præses* provinciæ superstitiosa *ap- „pellatione submota ex integro vos cognoscet.*“

f.) Wenn ein Richter in seiner eigenen Sache —

L. 17. ff. d. jud. (5. 1.)
„Si alter ex litigatoribus judicem solum here- „dem, vel ex parte fecerit, alius judex neces- „sario sumendus est.“

L. 6. C. de postul. (2. 4.)
„Quisquis judex vult esse causidicus, non idem „in eodem negotio sit advocatus“ etc. —

L. 10. ff. d. jurisd. (2. 1.)
„Qui jurisdictioni præest, neque sibi jus di- „cere debet, neque uxori, vel liberis suis, ne- „que libertis, quos secum habet.“

L. un. C. ne quis in causa sua etc. (3. 5.)

g.) Wenn ein bestochener Richter erkennt;

L. 7. C. quando prov. non est nec. (7. 64.)
„Venales sententias, quæ in mercedem a cor- „ruptis judicibus proferuntur, etiam citra in- „terpositæ provocationis auxilium jam pridem „infirmas esse, decretum est. 76)

Nicht der dolus des Richters überhaupt begründet übrigens die Unheilbarkeit einer von ihm gesetzwidrig ausgesprochenen Urthel.

---

76) S. auch §. 23. und die dort ang. L. 1. C. d. poena jud. (7. 49.)

L. 65. §. 2. ff. ad Senat. Cons. Trebell. (36. 1.) „Cum Prætor causa cognita per errorem, vel „etiam *ambitiose* 77) juberet hereditatem ut „ex fideicommisso restitui, etiam *publice in-* „*terest restitui propter rerum judicatarum* „*autoritatem.*“ 78).

h.) Wenn ein gesetzlich recusirter urtheilt —

Anal. L. 6. C. d. execut. rei jud. (7. 53.) „Si executor datus partes sibi judicis *vindica-* „*vit*, — et aliquid pronunciandum putavit, „sententia ab eo dicta vim rei judicatæ obti- „nere nequaquam potest.“

S. auch L. 32. §. 14. ff. d. recept. (6. 8.)
L. 16. u. 18. C. d. jud. (3. 1.)
L. 30. ff. ibid. (3. 1.)
Avth. C. si vero etc. d. judic. (3. 1.)
Nov. 86. Cap. 2. 79)

---

77) Ueber die Bedeutung dieses Wörtchens s. besonders auch Labbæi Observationes et emendationes in Synopsin Basil. Paris 1607. pag. 171. u. Brissonius d. Verb. Sign. s. voce ambitio.

78) S. die Glosse ad L. 5. C. de excusat. tut. (5. 62.) Bœhmer de remedio Syndicatus Cap. 1. §. 17. in Electis juris civ. T. 2. pag. 135. „Nec illud prætermit- „tendum, non quamlibet dolo pronunciatam senten- „tiam, sed venalem tantummodo nullam habitam esse.“ Cujacius ad Cod. L. 7. t. 49. Op. tom. 9. pag. 1083. „Hoc solo casu si propter turpitudinem judex male „judicaverit, sententia ipso jure nulla est, et citra „appellationem infirmatur. Quodsi vero per gratiam „et ambitionem, sententia valet.“ Vergl. Altimarus de nullitatibus P. 2. rubr. 13. qu. 338. nr. 1. t. 2. pag. 837. Vautius d. null. C. d. null. ex defectu processus. nr. 135. p. 332.

79) S Pacianus d. probat. L. 2. Cap. 45. p. 375. Zanger tr. duo de except. P. 2. C. 4. p. 148. Vergl. Gail Obs. L. 1. 33. Thibaut Pand.Syst. §. 1065.

i.) Wenn ein Appellations-Richter reformirt, ungeachtet der Appellant unförmlich appellirte, denn nur durch Beobachtung der Formalien wird seine Gerichtsbarkeit begründet, und kommt es übrigens darauf nicht an, ob die Einrede der Desertion entgegengesetzt wurde, oder nicht.

Arg. L. 9. C. d. sent. et interl. (7. 45.)
„Post sententiam statuta rei judicatæ non ob-„tinent autoritatem.“ —

Anal. L. 2. C. d. temp. et rep. (7. 63.)
„Quod si quis secus, ac jura præcipiunt, lap-„sus dies fuerit temporalis — pro eo habebi-„tur appellator, ac si sententiam quoquo-„modo non coactus susceperit. 80)

oder wenn er

k.) über einen Gegenstand erkennt, der nach den Acten des vorigen Richters gar nicht verhandelt wurde — si cognoscit super non deductis in prima instantia. —

L. 4. C. d. temp. et repar. appell. (L. 7. t. 63.)
„Decernimus, ut licentia quidem pateat in „exercendis consultationibus tam appellatori, „quam parti adversæ, novis etiam adsertioni-„bus utendi, vel exceptionibus, *quæ non ad*

---

80) Besold d. appell. C. 10. p. 385. Danz ord. Pr. S. 525. Gail L. 7. Obs. 137. Hofacker pr. J. c. §. 4562. Jan de prorog. et coarctatione conventionali fatalis interp. appell. Lauterbach Coll. th. pr. L. 49. t. 4. §. 9. Martin Lehrb. des Pr. §. 185. S. 221. Mynsinger Obs. cent. 2. Obs. 59. Schœpff pr. app. C. 8. §. 24. Vergl. Klüber jur. Bibl. B. 5. S. 476. v. Gönner Handbuch des Proz. 3. B. n. 59. Neundorf Erört. einiger Mat. des Civilrechts. S. 159.

„*novum capitulum pertinent*, sed ex illis ori-
„untur, et illis conjunctæ sunt, quæ apud an-
„teriorem judicem noscuntur propositæ. [81])

l.) wenn der Richter während des Laufs einer gegebenen Frist —

L. 3. C. de dilat. (3. 11.)

„Sive pars, sive integra dilatio fuerit data, „*eo usque judicis officium* conquiescat, donec „petiti temporis defluxerint curricula.“

L. 1. §. 1. ff. de feriis. (2. 12.)

— — „sin vero, cum abesse perseveraverint, „circa rem rusticam occupati, sententiam judex „protulerit etiam absentibus illis, consequens „erit dicere, sententiam nullius esse momenti: „Neque enim Prætoris factum juri derogare „oportet, et citra appellationem igitur senten- „tia infirmabitur.“ — [82])

oder

m.) wenn der Unterrichter nach bereits interponirter Appellation, oder während des Appellations-Fatals fortschreitet.

L. 3. ff. de appellat. (7. 42.)

„Appellatione interposita in præjudicium ap- „pellationis nihil fieri debere et in eo statu „omnia manere, quo tempore provocationis „fuerunt, sæpissime constitutum est.“

---

81) Eine ähnliche Constitution findet sich in L. 52. C. theodos. d. appell. et consult. (L. 11. t. 30.) nach Gothofr. T. 3. p. 267. S. von Almendingen am angef. O. S. 113. n. 7.

82) Altimarus l. cit. P. I. rubr. 9. quæst. 208. p. 644.

L. 1. ff. nihil innovari etc. (49. t. 7.)
„Appellatione interposita medio tempore ni-
„hil innovari oportet, siquidem fuerit recepta,
„quia recepta est, si vero non est recepta, ne
„præjudicium fiat, quod deliberetur, utrum
„recipienda sit."

L. 11. C. d. rebus cred. (4. 1.)
— — „post definitivam sententiam, quæ pro-
„vocatione suspensa non sit" etc.

L. 1. Cod. de execut. rei jud. (7. 53.)
L. 1. ff. ad Sctum Turpill. (48. 16.
L. 6. §. 1. ff. d. his, qui not. inf. (3. 2.) 83)

n.) Jede Sentenz setzt eine bestimmte Klage und ein bestimmtes Streitobject als nothwendig voraus. Daraus leiten sich von selbst zwey Hauptfolgerungen ab:

α.) Unheilbar nichtig ist eine Sentenz, die sich über die erhobene bestimmte Klage und ihr bestimmtes Object ausdehnt. — Ist kein Kläger, so ist auch kein Richter. —

L. 18. ff. comm. div. (10. 3.)
„Ultra id, quod in judicium deductum est,
„excedere potestas judicis non debet." 84)

---

83) S. auch die L. 4. C. Theodos. L. 11. t. 30. bey Gothofred T. 3. pag. 225.
Harmenopul l. c, L. 1. t. 4. p. 67.
Altimarus l. cit. P. 2. rubr. 9. quæst. 206. p. 628.
v. Almendingen am angef. O. S. 37. u. 72.
Claproth ord. Proz. §. 402.
Hofacker pr. J. c. §. 4566.
Wahl D. d. vitio nullitatis proc. judiciarii. Giessen 1740. §. 13. p. 22.

84) Vergl. L. 52. C. Theodos. de appell. et consult. (11. 30.) bey Gothofr. T. 4. p. 267.

L. 4. C. comminat. epist. etc. (7. 57.)

„Interlocutio Præsidis apud acta signata, ut nisi „solutioni debiti is, qui convenitur, obsequium „præstitisset, duplum sive quadruplum inferat, „voluntas potius comminantis, quam senten- „tia judicis est, cum placitum ejusmodi nec „rei judicatæ auctoritatem obtineat, juris ratio „declaret."

L. 9. in f. C. d. sent. et interl. (7. 45.)
L. 7. C. ibid.
L. I. C. de fideic. libert. (7. 4.)

Nur auf den Grund und das Objekt einer Klage, nicht deren Aestimation bezieht sich aber der Satz der Practiker:

„Die Sentenz muß dem Libelle anpassen."

§. 34. Inst. de act. (4. 6.

„Si minus in intentione complexus fuerit ac- „tor, quam ad eum pertineat, velut si quum ei „decem deberentur, quinque sibi dari opor- „tere intenderit, aut si quum totus fundus „ejus esset, partem dimidiam suam esse pe- „tierit, sine periculo agit, in reliquam enim „judex nihilominus adversarium in eodem ju- „dicio condemnat ex constitutione divæ me- „moriæ Zenonis."

L. 1. C. de plus petit. (3. 10.)

„Si vero quis minus, quam revera sit, taxa- „verit suam litem, nec ad hoc respiciat ju- „dex, sed in veram quantitatem calculum „ferat." 85)

---

85) S. auch L. 25. §. 8 ff. de ædil. ed. (21 1.) v. Gönner Handbuch des Proz. 1. B. nr. 10. §. 11. S. 248.

Und überzeugt sich der Richter, daß der Kläger an den Beklagten keine — wohl aber dieser an jenen gegründete Ansprüche habe, so wird er sich durch die

L. 14. C. d. sent. et interl. (7. 45.) [86]

für befugt halten, es nicht bloß bey einem absolutorischen Erkenntnisse bewenden zu lassen.

β.) Ist eine Sentenz bereits gefällt, so existirt in der Sache, über die sie gefällt wurde, überall kein Rechtsstreit mehr; der competente Richter, der sie gab, hört, so wie jeder andere etwa concurrirende Richter, auf, in derselben Sache es zu seyn. [87]

Hofacker pr. I. civ. §. 4537. not. d.
Leyser med. sp. 468.

86) „Cum Papinianus summi ingenii vir in quæstioni-„bus suis rite disposuerit, non solum judicem de ab-„solutione rei jndicatæ, — nach Haloander judicare — „sed et ipsum actorem, si econtrario obnoxius fuerit „inventus condemnare: Hujusmodi sententiam non so-„lum roborandam, sed etiam augendam esse sanci-„mus, ut liceat judici vel contra actorem ferre sen-„tentiam et aliquid eum daturum, vel facturum pro-„nunciare; nulla ei opponenda exceptione, quod non „competens judex agentis esse cognoscatur. Cujus enim „in agendo observat arbitrium, eum habere et contra „se judicem in eodem negotio non dedignetur.“ S. zu diesem Gesetze besonders Cujacius ad Cod. L. 7. tit. 45. in op. posth. T. 5. p. 1106. und in parat. in L. 7. tit. 45. Cod. op. prior. T. 2. p. 262.

87) Res judicata — sagt Modestinus nach L. 1. ff. de re jud. (42. 1.) — „dicitur, quæ finem controversiarum pronunciatione judicis accipit.“ L. 13. C. d. usur. (4. 32.) „Finitum est judicium sententia.“ — L. 13. §. 2. L. 32. §. 16. ff. d. rec. arbitr. (4. 8.) L. 3. C. d. fruct. 7. 51. L. 4. u. 5. C. de re jud. (7. 52.) L. 55. ff. de re jud. (42. 1.) „Judex, po-„steaquam semel sententiam dixit, postea *judex esse* „*disinit*, semel enim male, seu bene officio functus est.“

Eine nicht unbedeutende Verschiedenheit trat allerdings zwischen dem magistratus und dem judex datus, mithin auch dem arbiter ein. Bey diesem hörte, wenn er einmal erkannt hatte, sein Richteramt unbedingt auf. Erkannte er nichtig, so bedurfte es zu seiner Competenz einer neuen datio, oder — was wohl gewöhnlich geschah — es wurde ein anderer judex gegeben. 88) Das Richteramt des Magistratus hingegen dauerte nach gefällter Sentenz zwar fort, aber nicht unbedingt, denn auch er konnte seine Sentenzen nur insofern sie nichtig waren, abändern. 89)

In die Categorie der wegen mangelnder Competenz unheilbar nichtigen Sentenzen gehört daher auch diejenige Sentenz, die

a.) über solche Punkte, die bereits gültig entschieden sind, Bestimmungen giebt,

---

L. 19. ff. d. rec. arb. (4. 8.) „Si condemnavit, vel „absolvit, dum arbiter *esse desierit*, mutare sententiam „non posse." L. 13. ff. d. usur. (22. 1.)

S. auch Harmenopul proch. leg. L. I. tit. 4. p. 62 u. 64.

88) L. 4. C. quomodo et quando judex etc. (7. 43.) „Si ut proponis pars diversa die feriato absente vel „ignorante te à judice dato ferri sententiam pro par- „tibus suis quasi contumaciter deesses, impetravit, „non immerito Præses denuo negotium alterius judi- „cis notioni terminandum commisit." L. 4. C. de sent. q. sine certa quant. (7. 46.)

89) L. 14. ff. d. re jud. (42. 1.) „quod jussit *Praetor*, „contrario imperio tollere licet: *de sententiis contra*." L. 42. ff. ibid. Ordo perantiquas judiciorum civilium, eorumque solennia auctore Carolo Breto, Cap. 41. bey Hoffmann hist. juris rom. justin. Vol. 2. pars post. pag. 131. Vantius de nullitatibus. Tit. coram quo etc. n. 9. u. 12. p. 22. u. 23. Altimarus de nullitatibus etc. P. I. Rubr. III. qu. 20. u. 21. pag. 73. seq.

L. 9. C. d. sent. et interl. (7. 45.)

„Post sententiam, *quæ finibus certis conclu-„ditur, ab eo qui pronunciaverat, vel ejus „successore, de quæstione, quæ jam decisa „est, statuta rei judicatæ non obtinent auc-„toritatem.*"

L. 4. C. sent. resc. non posse (7. 50.)

„Impetrata Rescripta non placet admitti, *si „decisæ semel causæ fuerint judiciali senten-„tia,* quam provocatio nulla suspendit."

L. 1. ibid.

„*neque* suam, neque decessoris sui sententiam „quemquam *posse retractare* in dubium non „venit: *nec necesse est, ab hujusmodi decreto „interponere provocationem.*"

L. 1. ff. quæ sentent. sine app. (49. 8.)
L. 11. C. d. reb. cred. (4. 1.)

oder die

b.) mit einer andern in Rechtskraft erwachsenen in Widerspruch steht. 90)

L. 1. C. quando prov. non est nec. (7. 64.)
„Latam sententiam dicitis, quam ideo vires „non habere contenditis, quod *contra res „prius judicatas,* à quibus provocatum non

---

90) S. von Almendingen am ang. O. S. 270. „Es „ist eine besondere Art von Richtigkeit, wenn nach „schon entschiedenem Streit über den Gegenstand „desselben weiter verfahren, oder, was schon formel-„les Recht ist, nochmahls zu formellem Recht erho-„ben wird — Urtheil gegen ein rechtskräftiges Urtheil — „Alles Streben zur Realisirung eines schon realisir-„ten Zustands ist der Natur der Sache nach nichtig."

„est, lata sit. Cujus rei probationem si promptam habetis, etiam *citra provocationis adminiculum*, quod ita pronunciatum est, *sententiæ auctoritatem non obtinebit.*"

L. 1. pr. ff. quæ sent. sine app. (49. 8.)

„Illud meminerimus, si quæratur judicatum sit, nec ne, et hujus quæstionis judex non esse judicatum pronunciaverit, licet fuerit judicatum, *rescinditur, si (et si) provocatum non fuerit.*" 91)

L. 6. ff. d. exc. rei jud. (44. 2.)

§. 16.

2.) Ein wesentlicher Zweck jeder End-Urthel ist vollständige Entscheidung eines Rechtsstreits — *finis controversiæ* pronunciatione judicis. 92) — Entspricht sie diesem Zwecke nicht, so ist sie unheilbar nichtig. Auch ohne Appellation geht also eine Urthel nicht in Rechtskraft über, wenn sie

α.) gar keine —

L. 3. C. d. sent. et interl. (7. 45.)

„Præses provinciæ non ignorat, definitivam sententiam, quæ condemnationem vel absolutionem non continet, pro justa non haberi."

---

91) Die Ecloga der Basiliken L. 9. C. 128. p. 109. sagt: „Si judex sententiæ prius latæ adversetur, ad „eam rescindendam appellatione non erit opus."

Tuschus practicarum conclusionum I. T. 7. Concl. 142. p. 110. „lata prima sententia descritur instantia „et ipse judex functus est officio *et ideo* erit nulla „sententia, si ferat aliam" etc.

S. auch Heraldus de rerum judicat. autoritate. L. 1. C. 1. bey Otto in thes. Tom. 2. pag. 1078.

92) L. 1. ff. d. re judic. (42. 1.)

L. 1. u. 5. L. 27. L. 29. ff. d. re jud. (42. 1.)

oder

β.) keine bestimmte Absolution, oder Verurtheilung enthält,

L. 3. C. d. sentent. quæ sine certa quant. (7. 46.)

„Hæc sententia: omnem debiti quantitatem „cum usuris competentibus solve; judicati ac„tionem præstare non potest, cum apud judi„ces ita demum sine certa quantitate facta „*condemnatio auctoritate rei judicatæ censea*„*tur*, si parte aliqua actorum certa sit quan„titas comprehensa.“

L. 4. C. ibid.

„Hæc sententia: quæ bona accepisti, solve, „cum incertum esset, quid accepisset, quan„tumque ab eo peteretur, præsertim, cum ip„se, qui extra ordinem judicabat, interlocutus „sit: dotem datam, quæ repeteretur, non li„quidam esse, *judicati auctoritate non nititur*. „Cum igitur is, qui postea judicabat, contra „te certam sententiam protulerit, neque à sta„tutis provocaverit, ipsa tuo facto confirmasti „judicatum.“

§. 32. I. d. act. (4. 6.)
L. 27. ff. d. re jud. (42. 1.)

Daraus erklären sich auch wohl besser, als aus der Hypothese des Peter Faber, 93) die besondern Bestimmungen nach

93) Semestrium liber. II. Cap. 24. pag. 360. „Forsitan „sententiæ tam pedaneorum, quam majorum judicum „in actuum legitimorum numerum referri debent“ etc.

L. 1. §. 5. ff. quando app. (49. 4.)
„Non est sub conditione dicenda sententia."

L. 37. pr. ff. d. excus. tut. (27. 1.)

so wie nach

L. 11. C. d. sent. et interl. (7. 45.)
„Definitiva jusjurandam solum præstari præci-
„piens, non addito, quid oporteat præstari eo
„recusato, vel præstito, *nulla est.* 94)

§. 17.

3.) Der Punkt der Legitimation in Beziehung auf die streitenden Personen ist unerläßliche Bedingung jedes prozessualischen Verfahrens. Daher ist eine Urthel unheilbar nichtig, wenn sie

a.) gegen einen, der das Recht nicht hatte, vor Gerichte zu stehen —

L. 1. C. d. sent. et interl. (7. 45.)
„Non videtur nobis rationem habere senten-
„tiam decessoris tui, qui cum cognovisset; inter
„petitorem et procuratorem non procuratorem,
„sed ipsam dominam litis condemnavit, cujus
„persona in judicio non fuit. *Potes igitur ut*
„*re integra de causa cognoscere.*"

insbesondere

b.) gegen einen Pupillen, Wahnsinnigen ꝛc., der keinen Vormund hat,

L. 1. C. qui leg. personam etc. (3. 6.)
„Si cum esses pupillaris ætatis, sine tutoris

---

94) Ein Auskunftsmittel hat hier aus guten Gründen die Praxis durch ihre Formel ersonnen: Würde Kl. ꝛc. so wird ferner ergehen ꝛc. —

„autoritate cum adversario tuo consistens præ-
„ses provinciæ adversus te pronunciaverit, *mi-
„nime autoritate judicati nititur, quod statu-
„tum est.*"

L. 45. ff. d. re jud. (42. 1.)

„Contra indefensos minores tutorem vel cu-
„ratorem non habentes *nulla sententia profe-
„renda est.*"

L. 9. ff. ibid.

„Furioso sententia à judice vel arbitro dici non
„potest." —

L. 6. in f. C. quom. et quando etc. (7. 43.) 95)

oder

c.) zwar gegen seinen magistratisch ernannten Vormund, der aber als solcher noch keine Caution geleistet hat, —

L. 3. C. d. tut. vel curat. qui satis non dedit. (5. 42.)

„In dubium non venit, tutores, qui testamen-
„to dati non sunt, administrandi potestatem,
„nisi satisdatione emissa salvam tutelam fore,
„non habere. Si igitur tutor, qui pro tutelari
„officio non caverat, judicio expertus est, ad-
„versus eum *lata sententia juri tuo officere
„non potuit, nec ea, quæ ab eo gesta sunt,
„ullam firmitatem obtinent.* Frustra igitur in
„integrum restitutionis auxilium desideras,
„quando ea, quæ ab eo gesta sunt, ipso *jure
„irrita snnt.* 96)

---

95) Gültig ist das Urtheil, wenn es für den Pupillen erkennt. L. 14. C. d. procur. (2. 13.)

96) So lautet auch L. 4. C. in quibus causis in I. rest. (2. 43.)

Altimarus l. c. P. 2. Rubr. 11. qu. 235. pag. 104.

oder wenn sie

d.) gegen Jemand gefällt wurde, ohne dessen Wissen und Willen —

L. 7. C. quom. et quando etc. (7. 43.)

„Ea, quæ statuuntur adversus absentes non „per contumaciam, scilicet denunciationibus „*nequaquam* ex more conventos, judicatæ *rei* „*auctoritatem non obtinere certum est.*“

L. 24. C. d. proc. (2. 13.)

„Licet in principio quæstionis persona *debeat* „*inquiri* procuratoris, an ad agendum nego„tium mandatum à domino litis habeat, si „tamen falsus procurator inveniatur, *nec dici* „*controversiæ solent*, *nec potest esse judi*„*cium.*“

L. 1. C. d. sent. et int. (7. 45.)
L. 1. C. quibus res jud. (7. 56.)

oder gegen Einen,

e.) ohne dessen Genehmigung ein Dritter handelte.

L. 56. ff. de jud. (5. 1.)

„Licet verum procuratorem rem deducere in „judicio verissimum est, tamen et si quis, „cum procurator non esset, litem sit conte„status, deinde ratum domiuus habuerit, vi„detur retro res in judicium recte deducta.“

L. 12. in f. ff. de solut. et liberat. (46. 3.)

f.) Eben so ist die legitimatio zur Sache ein wesentlicher Theil des Prozesses.

Ihre Nichtberichtigung hat daher aus dem be-

kannten Grundsatze: „Inter alios acta aliis non nocent“ nicht minder die Unheilbarkeit einer Urthel zur Folge.

L. 63. ff. de re jud. (42. 1.)

„Sæpe constitutum est, res inter alios judica-
„tas aliis non præjudicare. Quod tamen quan-
„dam distinctionem habet, nam sententia in-
„ter alios dicta aliis quibusdam etiam scien-
„tibus obest; quibusdam vero, etiamsi con-
„tra ipsos judicatum sit, *nihil nocet*“ etc.

Tit. C. inter alios acta. (7. 60.)
L. 4. §. 7. ff. si serv. vind. (8. 5.)
L. 2. C. quibus res jud. non noc. (7. 56.) 97)

§. 18.

4.) Einleitung zur wechselseitigen Rechtsvertheidigung ist unabänderliche Norm jedes gerichtlichen Verfahrens. 98) Unheilbar nichtig handelt daher ein Richter, wenn er

a.) ohne den einen, oder den andern Theil hinlänglich gehört zu haben, —

L. 14. §. 1. ff. d. app. (49. 1.)

„Quod absente possessore, nec quoquam no-
„mine ejus respondente pronunciatum est, ni-
„hil habet rei judicatæ auctoritatem“ etc. —

L. 5. C. Comminationes etc. (7. 57.)

---

97) Carrach D. de vera indole legitimationis ad causam. Ludovici de legitim. ad causam. Thibaut Pand.Syst. §. 1058. Dapp von der legitim. §. 6. S. 4.

98) L. 3. u. 7. C. d. sent. et interl. (7. 45.)
L. 7. C. comminationes etc. (7. 57.)
L. 2. C. d. sent. ex per. recit. (7. 44.)
L. 1. C. d. execut. rei jud. (7. 53.)

„Judex, qui disceptationi locum dederat, par-
„tium allegationes audire et examinare debuit,
„nam subscriptionem ad libellum datam ta-
„lem, quæ diversam partem in possessionem
„fundi mitteret, vicem rei judicatæ non obti-
„nere, non ambigitur."

L. 50. §. 1. ff. de leg. I. (30. 1.)
L. 47. 54. ff de re jud. (42. 1.)
L. 7. u. 13. C. de sent. et interl. (7. 45.)
Tot. tit. C. quibus res jud. etc. (7. 56.)

oder

b.) gegen einen Abwesenden, ohne daß er contumax war —

S. die angef. L. 7. C. quom. et quando etc. (7. 43.)
L. 1. §. 3. ff. quæ sent. sine appell. (49. 8.)

„Cum ex edicto peremtorio, quod neque pro-
„positum est, neque in notitiam pervenit ab-
„sentis, condemnatio fit, nullius momenti esse
„sententiam, constitutiones demonstrant."

L. 73. ff. d. judic. (5. 1.)
L. 47. pr. ff. d. re jud. (42. 1.)

oder

c.) bey den besonders begünstigten Fiskalsachen in Abwesenheit des advocatus fisci eine Urthel fällt.

L. 7. ff. d. juro fisci. (49. 14.)

„Si fiscus alicui status controversiam faciat,
„fisci advocatus adesse debet, quare, si sine
„fisci advocato pronunciatum sit, Divus Mar-
„cus rescripsit, nihil esse actum, et ideo ex
„integro cognosci oportere."

L. 9. §. 3. in f. ibid. (49. 14.)

L. ult. C. d. adv. fisci. (2. 9.)

§. 19.

5.) Ein Prozeß ist ohne Urthel, als das Ende desselben, 99) gar nicht denkbar.

Daher handelt ein Richter unheilbar nichtig, wenn er die Execution erkennt, ohne daß eine Urthel vorangieng.

L. 58. ff. d. re jud. (42. 1.)

„Si, cum nulla sententia præcessisset, capta „sunt et distracta pignora, possunt revocari."

L. 1. C. d. execut. rei jud. (7. 53.)

„Nimis propere judex pignora capi, distrahi „jussit ante rem judicatam. Prius est ergo, „ut servato ordine actionem dirigas et causa „cognita sententiam accipias."

L. all. 5. C. d. comminat. (7. 57.)

§. 20.

6.) Wenn die Entscheidung eines Rechtsstreits von einer Vorfrage abhängt, so muß die Verhandlung und Entscheidung über diese Vorfrage nothwendig vorangehen. Jedes entgegengesetzte Verfahren ist daher unheilbar nichtig.

---

99) L. 1. ff. d. re jud. (42. 1.) Res judicata dicitur, quæ finem controversiarum pronunciatione judicis accipit. L. 7. u. 9. C. de sent. et int. (7. 45.)

L. 7. ff. d. hered. petit. (5. 3.)

„Si quis libertatem ex testamento sibi com-„petisse dicat, non debebit judex de libertate „sententiam dicere, ne præjudicium de testa-„mento cognituro faciat. Sed et D. Trajanus „rescripsit, differendum de libertate judicium, „donec de inofficioso judicium aut inducatur, „aut finem accipiat.“

L. 8. C. d. hered. petit. (3. 31.)

„Liber nec ne fuerit testator, ante omnia dis-„quiri debet, cum hereditas petitur.“

L. 3. C. quando prov. non est nec. (7. 64.)

„manifestum est, præjudicium — fieri non po-„tuisse.“

Tot. tit. C. d. ord. cognit. (7. 19.)

besonders

L. 2. C. ibid.

„prius causa libertatis agi debet.“

L. 3. ibid.

„quoniam necesse est, ante sciri“ etc.

L. 7. C. ad L. Jul. de vi publ. (9. 12.)

„ante omnia violentiæ causam examinari præ-„cipimus.“

L. 18. ff. d. except. (44. 1.)

„Fundi, quem tu proprium tuum esse dicis, „partem à te peto, et volo simul judicio quo-„que communi dividundo agere sub eodem „judice. Item si ejus fundi, quem tu possi-

„deas, et ego proprium meum esse dicam, „fructus condicere tibi velim, quæsitum est, „an exceptio, quod præjudicium fundo, par- „tive ejus non fiat, obstet, an deneganda sit, „et utrobique putat, intervenire Prætorem de- „bere, nec permittere petitori, priusquam de „proprietate constet, hujusmodi judiciis expe- „riri. 100)

L. 23. ff. d. liber. caus. (40. 12.)
L. 26. C. ad L. Jul. d. adult. (9. 9.)
L. 10. C. d. injur. (9. 35.)
L. 42. ff. d. nox. act. (9. 4)
L. 4. C. d. ord. jud. (3. 8.)

§. 21.

7.) Schon der Natur der Sache nach muß den Verhandlungen der Partheyen ein Ziel gesetzt werden. Aber auch die römischen Gesetze haben den Actenschluß zu einem wesentlichen Theile des Prozesses erhoben. Daher ist eine Urthel, welcher er nicht vorangieng, unheilbar nichtig.

L. 9. C. d. judic. (3. 1.)

„Judices oportet inprimis rei qualitatem plena „inquisitione discutere et tunc utramque par- „tem sæpius interrogare, numquid novi addere „desideret, cum hoc ipsum ad alterutram par- „tem proficiat, sive definienda causa per ju- „dicem, sive ad majorem potestatem referen- „da sit.“

---

100) Die L. 1. §. 4. ff. quæ sent. (49. 8.) hat keine Präjudicial-Sache, sondern eine Convention und Reconvention zum Gegenstande.
Hugo Donellus L, 17. C. 18. Lit. S.
S. v. Almendingen am a. O. S. 288.

L. 11. ff. d. interrog. (11. 1.)
Avth. C. Jubemus etc. d. jud. (3. 1.)
Nov. 116. Cap. 2.[101])

§. 22.

8.) Eine wesentliche Bedingung jeder Sentenz ist ferner, daß sie den Partheyen kund gemacht werde. Wenn schon der Natur der Sache nach die Art dieser Kundmachung verschieden seyn kann, so giebt doch das römische Recht auch hierüber gewisse Bestimmungen.

Unheilbar nichtig ist z. B. eine Urthel, wenn sie

1.) in Abwesenheit der Partheyen —

L. 47. ff. d. re jud. (42. 1.)

„De unoquoque negotio præsentibus omnibus, „quos causa contingit, judicari oportet. Ali- „ter enim judicatum tantum inter præsentes „tenet."

oder

2.) zu einer Zeit, wo sie sich in einem fieberhaften Zustande befinden,

L. 60. ff. de re jud. (42. 1.)

„— — Litiganti quid magis impedimento est, „quam motus corporis contra naturam, quem „febrem appellant? Igitur si rei judicandæ „tempore alter ex litigantibus febrem habuit, „res non videtur judicata."

---

101) Gail L. 1. Obs. 107.
Mynsinger Obs. cent. 3. Obs. 17. nr. 7.
Perez ad Cod. L. 7. t. 45. nr. 8.
Vergl. aber Altimarus P. 2. Rubr. 13. qu. 324. p. 772.

oder

3.) an einem Sonn- oder Feyertage, sofern solcher aus religiösen Gründen angeordnet ist,

L. 7. C. de feriis. (3. 12.)

— — „in quibus sanctissimis diebus — nul-
„la sit cognitio jurgiorum" —

L. 1. C. ibid.

„In die dominico lites quiescant."

L. 2. u. 11. C. ibid. 102)

oder wenn sie

4.) statt schriftlich verlesen zu werden, nur mündlich —

L. 3. C. de sent. ex per. recit. (7. 44.)

— „Huic adjicimus sanctioni, ut sententia,
„quæ dicta fuerit, cum scripta non esset, nec
„nomen quidem sententiæ mereatur, nec ad
„rescissionem perperam decretorum appellatio-
„nis solennitas requiratur."

L. 1. u. 2. C. ibid.

oder

5.) nur in einem Privathause — nicht in dem öffentlichen Gerichtszimmer eröfnet wird,

L. 6. C. d. sent. et interl. (7. 45.)

„Cum sententiam præsidis irritam esse dicis,
„quod non publice, sed in secreto loco officio
„ejus non præsente sententiam suam dixit,

---

102) Püttmann probabilia juris civ. Lib. sec. Cap. II. pag. 77.

„nullum tibi ex his, quæ ab eo decreta sunt, „præjudicium generandum esse constat."

Wer sollte aber wohl besonders heutzutage, wo der Gerichtsgebrauch in der Art, Urtheile zu eröffnen, ohnedies manches modificirte, eine Sentenz darum für unheilbar nichtig halten, weil sie der Richter etwa während der Meß- Ernte- oder Weinlese-Ferien, [103]) oder nach der Sonne Untergang, [104]) oder sitzend [105]) aussprach!

§. 23.

9.) Unter die wesentlichen Theile des gerichtlichen Verfahrens gehören ferner diejenigen Bestimmungen, welche die Gesetze in Beziehung auf Prävaricationen der Sachwalter enthalten. Erkenntnisse, die auf solchen Wegen erschlichen sind, erlangen daher auch keine Rechtskraft.

L. 1. C. de advocatis diversorum judicior. (2. 7.)

„Si patronum causæ prævaricatum putas et „impleveris accusationem, non deerit adver- „sus eum pro temeritate commissi sententia:

---

103) L. 1. 4. 6. ff. d. feriis. (2. 12.)
Bœhmer D. d. præscript. contra leges maxime prohibitivas. §. 3. nr. 1.

104) Nov. 82. Cap. 3.
L. 2. §. 31. ff. de Orig. Jur. (1. 2.)
L. 1. 4. ff. de feriis. (2. 12.)
L. 4. C. quom. et quando jud. sent. prof. (7. 43.)
L. 20. C. de transact. (3. 4.)
Bœhmer d. suprema rom. mane.
Püttmann probab. jur. civ. L. 2. Cap. 4. pag. 34.

105) Nov. 71. Cap. 1.
L. 6. in f. C. de post. (2. 4.)
L. 1. C. d. sent. ex per. rec. (7. 44.)

„atque ita de principali causa denuo quære„tur. Quodsi non docueris prævaricatum: et „calumnia notaberis et rebus judicatis, à qui„bus non est provocatum, stabitur.“

L. 1. C. d. poen. judicis etc. (7. 49.)

„Constitit in quacunque causa, sive privata, „sive publica, sive fiscali, ut cuicunque data „fuerit pecunia, vel judici, vel adversario: „amittat actionem is, qui diffidentia justæ sen„tentiæ in pecuniæ corruptelam spem negotii „reposuerit.“

Vergl. jedoch die Avth. C. novo jure etc. ibid. nach der Nov. 124. Cap. 2. 106) auch oben §. 15. lit. g.

§. 24.

10.) Vermöge einer Verordnung Justinians sollen in jeder Rechtssache, sogleich nach der Klage und deren Beantwortung, sowohl der Kläger als der Beklagte und die Sachwalter beyder, zur förmlichen Abschwörung des Eides für Gefährde in Person angehalten werden und selbst ein freywilliger Verzicht der beyden Partheyen soll nicht in Betracht kommen. Die Nichtbeobachtung dieser Verordnung erzeugt daher ebenfalls eine unheilbare Nichtigkeit.

L. 2. C. de jurejur. propter calumn. (2. 59.)

„Cum (et) judices causas non aliter dirimere „concesserimus, nisi sacrosanctis evangeliis

---

106) Altimarus l. cit. P. 2. rubr. 13. nr. 18. p. 838.
Vantius l. cit. tit. de nullit. ex defectu process. nr. 140. pag. 333.
Lauterbach Coll. th. pr. Libr. 3. t. 1. §. 23.

„propositis et patronos causarum in omni orbe „terrarum (qui romano imperio suppositus est,) „prius jurare, et ita perferre causas disposu- „erimus: necessarium duximus præsentem „legem ponere, per quam sancimus in omni- „bus litibus, quæ fuerint post præsentem legem „inchoatæ, non aliter neque actorem, neque „fugientem in primordio litis exercere certa- „mina, nisi post narrationem et responsionem, „antequam utriusque partis advocati sacramen- „tum legitimum præstent, ipsæ principales „personæ subeant jusjurandum: et actor qui- „dem juret, non calumniandi animo (litem „se) movisse, sed existimando bonam causam „habere: reus autem non aliter suis allega- „tionibus utatur, nisi prius et ipse juraverit, „quod putans, se bona instantia uti ad reluc- „tandum pervenerit et postea utriusque par- „tis viros disertissimos advocatos (secundum) „quod jam dispositum est à nobis juramen- „tum præstare“ etc.

Avth. principales etc. §. 4. C. ibid. ex nov. 124. C. 1.

„Sed quia veremur, ne forsitan quidam col- „lusione aliqua utentes remittere videantur „inter se hujusmodi sacramentum et ex præ- „dicta dissimulatione nostram sanctionem de- „ludant, sancimus, omnes judices, licet ex „compromisso cognoscant, vigorem suum exer- „centes, quia non pro commodo privatorum, „sed pro communi utilitate præsentem legem „posuimus, minime pati, tale sacramentum „remitti, sed omnimodo hoc et ab actore et à „fugiente exigi, ne paulatim videatur, hujus- „modi res defraudari, et sacramentum vel prin-

„cipalium personarum vel advocatorum ex
„quacumque parte mutilari.“ 107)

§. 25.

11.) Eine wesentliche Bedingung jeder Sentenz ist endlich die Möglichkeit ihrer Realisirung. Eine Sentenz, welcher diese Bedingung mangelt, trägt daher eine unheilbare Nichtigkeit in sich,

L. 3. ff. quæ sententiæ sine appell. etc. (49. 8.)

„ab ea sententia, cui pareri rerum natura *non*
„*potuit*, sine causa appellatur.“

L. 135. L. 182. L. 185. ff. de Reg. I. (50. 17.)

wie z. B. die Sentenz, die gegen einen Verstorbenen gefällt wird.

L. 2. ff. quæ sententiæ sine appell. etc. (49. 8.)

„Paulus respondit, eum, *qui in rebus huma-*
„*nis* non fuit sententiæ dictæ tempore, *inef-*
„*ficaciter condemnatum videri.*“ etc. 108)

L. 74. §. 2. ff. de judic. (5. 1.)

---

107) Ueber die Abweichungen, welche das Canonische Recht und die Reichsgesetze in Deutschland bewirkt haben, sofern sie besonders auch einem Verzichte Raum geben, s. hauptsächlich v. Malblanc doctr. de jurejurando. §. 90. p. 358.

L. 1. C. d. sent. ex peric. recit. (7. 44.)

Claproth Einl. in den ord. Proz. S. 289. §. 551.

108) Nicht so würde freylich Altimarus diese L. classificiren, da er am ang. O. P. 1. Rubr. 9. qu. 200. nr. I. pag. 604. sagt: „ratio nullitatis est, quia per-
„sona *mortui* non est supposita jurisdictioni viventis!“

„Cum abseutem defendere vellem, judicium „jam mortuo eo accepi, et condemnatus sol„vi: quæsitum est an heres liberaretur — Re„spondi, judicium, quod jam mortuo debitore „per defensorem ejus accipitur, nullum esse, „et ideo heredem non liberari: Defensorem „autem, si ex causa judicati solverit, repetere „quidem non posse, negotiorum tamen gesto„rum ei actionem competere adversus here„dem, qui sane exceptione doli mali tueri se „possit, si ab actore conveniatur.“

L. 59. ff. de re jud. (42. 1.)

„Si quis ex edicto peremtorio post mortem „sit condemnatus, non valet sententia, quia „morte rei peremtorium solvitur, ideoque ut „re integra de causa notio præstabitur, et quod „optimum patuerit, statuetur.“ 109)

L. 191. ff. de regul. Juris. (50. 17.)

oder

§. 26.

II.) in dem materiellen Theile einer Urthel, sofern ihr

1.) die Gesetze aus besonderer Begünstigung gewisser Classen von Personen in bestimmten Fällen die Rechtskraft versagen. (s. §. 13.)

---

109) Eine für einen Verstorbenen ausgesprochene Sentenz hat nach der L. 30. pr. ff. d. fideic. libert. (40. 5.) vollkommene Wirksamkeit. Vergl. die L. 41. ff. d. reb. cred. (12. 1.) u. Altimarus cit. l. nr. 9. auch Vantius l. c. Cap. d. null. ex def. jurisd. nr. 106. p. 127. Mynsinger Obs. Cent. I. Obs. 85.

Hieher gehört die Richtigkeit der Verurtheilung eines Veteranen zur Uebernahme eines lästigen Municipalamts nach der

L. 9. Cod. quando prov. non est nec. (7. 64.)

„Veteranis, qui in legione vel vexillatione „militantes post vicesima stipendia honestam, „vel causariam missionem consecuti sunt, one-„rum, vel munerum personalium vacationem „concessimus. *Hujusmodi autem indulgentiæ „nostræ tenore remunerantes fidam devotio-„nem militum nostrorum etiam provocandi „necessitatem remisimus.*"

oder eines Minderjährigen gegen die Einwilligung seines Vaters nach der

L. 8. C. ibid. (7. 64.)

„Si pater tuus, dum Decurio creaveris, non „consensit, et decimum quintum annum ætatis „agis, aditus Præses provinciæ, si inhabilem te „ad eundem Decurionatus honorem esse perspe-„xerit, quando hujusmodi ætati *etiam præter-„missa appellatione subveniatur*, iniquam no-„minationem removebit." [110])

Hieher gehört ferner die Richtigkeit eines Erkenntnisses, das gegen eine die Begünstigung der Freyheit bezweckende Verordnung ertheilt wird, nämlich die Verordnung nach der

L. f. Cod. d. fideic. libert. (7. 4.)

„Cum quidam servum suum ita legaverit, ut „legatarius libertatem ei imponat et heres ad

---

110) Vergl. L. 7. C. d. appell. (7. 62.)

„hujusmodi legatum improbe versatus, servum „dare legatario dedignatus est, ut etiam lite „pulsetur, et judex non in ipsum servum, sed „in æstimationem litis condemnationem pro„ferat: veteris juris interpretes dubitabant, ne „quod obstaculum libertati ex hac causa pro„cedat. Et si placuerit, eandem deberi liber„tatem, à quo danda sit, utrumne ab herede, „an à legatario? Et si heres imponat liberta„tem, an legatarius, quod ex pecuniaria con„demnatione accepit, firmiter detincat, sive in „totum, sive ex parte, sive etiam nihil? Ta„lem itaque altercationem resecantes mira„mur, quare judex, qui præpositus est in dicta „causa, non omnimodo condemnationem in „servum, sed in æstimationem ejus fecerit, „cum ipsius vitium etiam hujusmodi præbuit „altercationi occasionem. Unde, si talis quæ„stio emerserit, nullum quidem judicem ita „esse stultum putamus, ut hujusmodi proferat „condemnationem: sed si legatarius immineat, „quatenus ei servus restituatur, et post litem „contestatam duorum mensium spatium efflu„xerit, censemus illico ad libertatem eripi ser„vum et illum quidem liberum esse, heredem „autem pro sua indevotione in omnes expensas, „quas legatarius in lite fecit, in quadruplum ei „condemnari, jure patronatus integro legatario „servando."

§. 27.

oder sofern sie

2.) mit wesentlichen Rechtsbegriffen, oder auch Hülfsbegriffen der Rechtswissenschaft in directem — offen daliegendem Widerspruche steht.

Ob eine Urthel mit wesentlichen Rechtssätzen, oder nur mit einzelnen Rechtsbegriffen, oder Hülfsbegriffen der Rechtswissenschaft in directem Widerspruche steht, dies bleibt der Wirkung nach gleichviel. Sie ist in dem einen, wie in dem andern Falle unheilbar nichtig. Einige der hieher gehörigen gesetzlichen Beyspiele sind schon oben §. 2. und 13. bemerkt worden.

Ein weiteres kann aber nicht unbemerkt bleiben:

§. 28.

Die Resultate der Rechenkunst erreichen eine solche Stufe der Gewißheit, daß kein Vernünftiger sie bezweifeln kann. Wie viele auch eine Reihe von Zahlen berechnen, die Summe muß immerhin dieselbe seyn. Jedes Anerkenntniß der Partheyen fällt also hier als ganz überflüssig weg, und eine Zahl von 10 läßt sich ewig nicht in 20 umschaffen.

Fehler im Calcul sind Fehler gegen das Wesen bestimmter Zahlen, und es ist eben so auffallend, wenn v. Gönner [111]) sie in die Classe der zufälligen, oder außerwesentlichen setzt, als wenn Alef [112]) sie als Fehler betrachtet, die der Richter nur gegen das Factum begeht. [113])

Sind offenkundige Rechnungsfehler Fehler gegen wesentliche Begriffe bestimmter Zahlen, als eben so viele Hülfsbegriffe der Rechtswissenschaft, warum sollten sie in einer Urthel nicht unheilbare Nichtigkeit nach sich ziehen und durch Nichtgebrauch der Appellation für immer irreparabel seyn?

---

111) am angef. O. §. 80. S. 337. u. nr. 65. §. 20. S. 485.

112) am angef. O. Cap. 3. §. 26

113) Hommel Rhaps. qu. jurid. P. 6. Obs. 902. p. 569.

L. 1. §. 1. ff. quæ sent. sine app. resc. (49. 8)

„Si calculi error in sententia esse dicatur, ap-„pellare necesse non est: veluti si judex ita „pronunciaverit: *Cum constet Titium Sejo „ex illa specie quinquaginta, item ex illa „specie viginti quinque debere, idcirco Lucium „Titium sejo centum condemno*, nam quoniam „error condemnationis est, *nec appellare ne-„cesse est*, et citra provocationem corrigitur. „*Sed et si hujus quœstionis judex sententiam „centum confirmaverit*, si quidem ideo, quod „quinquaginta et vigenti quinque fieri centum „putaverit, *adhuc idem error computationis est*, „nec appellare necesse est; si vero ideo, quo-„niam et alias species viginti quinque fuisse, „dixerit: appellationi locus est.“

L. 1. C. d. errore calc. (2. 5.)

„Errorem calculi sive ex uno contractu, sive „ex pluribus emerserit, veritati non afferre „præjudicium, sæpe constitutum est. Unde „rationes sæpe computatas denuo tractari posse, „si res judicatæ non sunt, vel transactio non „intervenit, explorati juris est.“ —

L. 8. ff. d. admin. rerum ad civit. pertin. (50. 8.)

L. 16. §. 6. ff. de pign. et hypoth. (20. 1.) 113)

---

114) Donellus comment. J. civ. L. 27. Cap. 6. „In er-„rore calculi vitium et iniquitas sententiæ *ipsis verbis* „se ostendit ac *sententia se ipsam refellit*.“

Bœhmer Consult. et Dec. T. 2. P. 1. Resp. 271. nr. 4. p. 354.

Vergl. von Almendingen am ang. O. S. 286.

Dabey ist es wohl auch gleichbedeutend, ob der Irrthum aus der Sentenz selbst, oder aus den Acten, worauf sie sich bezieht, hervorgehe, [115] oder

§. 29.

3.) mit wesentlichen Rechtsprincipien — Rechtsformeln — selbst.

Die gesetzlichen Belege hierüber sind im allgemeinen schon in der obigen Ausführung §. 7—13 angegeben. Noch dürften aber einige Fragen wohl eine besondere Erörterung verdienen:

§. 30.

Die bekannte Streitfrage, ob diejenigen Sentenzen, welche einen über erhebliche Thatumstände anerbotenen Beweis verwerfen, [116] oder ihn über unerhebliche erkennen, [117] heilbar, oder unheilbar nichtig seyen, beantwortet sich aus dem Bisherigen von selbst. Obschon die Beweisführung als Erfor-

---

115) Tuschus Pract. Conclusionum I. Tom. 7. Concl. 140. pag. 107.

116) Schœpff pr. appell. C. 21. §. 6.
Mevius Decis. P. 1. Dec. 51.
Vantius am ang. O. p. 301.
Altimarus l. c. P. 2. Rubr. 13. quæst. 315. p. 715.

117) Danz Grundſ. des ord Proz §. 233. S. 148.
Decis. Cassel. T. 1. Dec. 85.
v. Gönner Handb. des Proz. 1. B. §. 4. u. 21. S. 241 u 262.
Harpprecht Resp. 41. n. 87.
Leyser ad ff. sp. 137. nr. 3. u. sp. 470. nr. 8.
Martin Lehrbuch des Proz. §. 132. S. 148.
Mevius Dec. P. 2. D. 301. p. 253.
Pufendorf Obs. T. 2. Obs. 109.
Struben Bed. 4. Th. B. 73. §. 2.
v. Tevenar Theorie der Beweise S. 170.

schung der Wahrheit aller einem Rechtsstreite zum Grunde liegenden Thatumstände ein höchst wesentlicher Bestandtheil jedes prozessualischen Verfahrens ist, so gehen sie doch nach unsern positiven Gesetzen nur insofern nicht in Rechtskraft über, insofern sie das falsche Princip, von welchem sie ausgehen, gleichsam auf der Stirne tragen.

Welcher Richter wird indessen auch im entgegengesetzten Falle wohl Bedenken nehmen, der Parthey, die durch solche gesetzwidrigen Sentenzen verletzt ist, gegen die verabsäumte Nothfrist der Appellation das prätorische Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [118]) etwa auch aus der generellen Clausel [119]) und zwar sogar brevi manu [120]) zu gestatten!

§. 51.

Ob Urtheile, welche auf falsche Zeugnisse, oder Documente gebaut wurden, eine Richtigkeitsklage, oder nur eine Restitution begründen, darüber sind die Meynungen der Rechtslehrer getheilt. [121]) Die-

---

118) L. f. §. 10. C. d. jure delib. (6. 30.)
L. 22. ff. d. test. (22. 5.)
L. 21. C. d. hæret. et manch. (1. 5.)
L. ult. §. 4. C. d. episc. aud. (4. 4.)

119) L. 26. §. 9. u. 28. §. 2. ff. d. R. I. I. (4. 1.)
L. f. C. in quibus causis rest etc. (2. 41.)

120) Hofacker pr. J. civ. §. 811. u. 854.

121) v. Almendingen am angef. O. S. 288. Glück Erl. der Pand. 4. B. 1. Th. §. 432. S. 398. v. Gönner am ang. O. §. 33. Huber ad ff. L. 42. t. 1. §. 47. Malblanc pr. J. rom. L. 4. t. 1. §. 318. Perez ad Cod. L. 7. t. 58. Tulden ad Cod. L. 7. t. 58. §. 5. Vantius l cit. p. 330. Voetius ad ff. L. 42. t. 1. §. 47. Westenberg pr. J. L. 42. t. 1. §. 28.

jenigen, welche einer Richtigkeitsklage Statt geben, berufen sich auf die

L. 11. ff. de except. et præscr. (44. 1.)

„Qui agnitis instrumentis, quasi vera essent, „solvit post sententiam judicis, quæro, si po„stea cognita rei veritate et repertis falsis in„strumentis accusare velit, et probare falsa „esse instrumenta, ex quibus conveniebatur. „Cum instrumentis subscripserat ex præcepto, „sive interlocutione judicis: an præscriptio ei „opponi possit, cum principalibus constitutio„nibus manifeste caveatur, et si res judicata „esset ex falsis instrumentis, si postea falsa „inveniantur, *nec rei judicatæ præscriptionem* „*opponi*. Modestinus respondit: Ob hoc, quod „per errorem solutio facta est, vel cautio de „solvendo interposita, ex iis, quæ nunc falsa „dicuntur, præscriptioni locum non esse." 122)

Bestimmt für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erklärt sich die

L. 33. ff. de re jud. (42. 1.)

„Divus Hadrianus aditus per libellum à Julio „Tarentino et judicante eo falsis testimoniis „conspiratione adversariorum testibus pecunia „corruptis religionem judicis circumventam „esse: in integrum causam restituendam in „hæc verba rescripsit: Exemplum libelli dati „mihi à Julio Tarentino mitti tibi jussi. Tu, „si tibi probaverit, conspiratione adversariorum

122) Eben so auch die L. 1. C. Si ex falsis instrumentis etc. (L. 7. t. 58.)

Vergl. die Ecl. der Basiliken. L. I. Cap. 2. th. 103. p. 113.

„et testibus pecunia corruptis oppressum se, „rem severe vindica, et si quid à judice malo „exemplo circumscripto judicatum est, in in- „tegrum restituas."

Hingegen bedienen sich die

L. 2. C. si ex falsis instr. (L. 7. t. 58.) 123)

die

L. 3. C. ibid. 124)

die

L. 4. C. ibid. 125)

und die

L. 42. C. d. transact. (L. 2. t. 4.) 126)

solcher Ausdrücke, mit welchen das eine sowohl, als das andere Rechtsmittel bezeichnet zu werden pflegt.

§. 32.

Allerdings handelt ein Richter, der aus falschen Zeugnissen oder Dokumenten urtheilt, und dabey weiß, oder wissen soll, daß sie falsch sind, oder, der sich erlaubt, die Recognition eines Dokuments zu gebieten, theils seinen Pflichten als Richter, theils wesentlichen — einer Anerkenntniß der Partheyen nicht unterliegenden Rechtsbestimmungen entgegen; allein seine gesetzwidrige Handlungsweise — an sich

---

123) — „ex integro de causa audiuntur."

124) — „causa judicati in irritum non revocatur, „nisi" etc. —

125) judicati executio solet suspendi, et soluti dari repetitio, si etc. —

126) „transactiones falso relevato retractari præcipi- „mus" — —

betrachtet — begründet — wie schon oben §. 11—14 bewiesen wurde — noch keine unheilbare Nichtigkeit. Auch hier kommt es vielmehr darauf an, ob das falsche Princip, auf welches die Entscheidung eines concreten Falls führt, offen daliege, und ausgedrückt, oder ob es nur durch Argumentation aus ihr abzuleiten sey. Nur im ersten — nicht aber auch im letzten Falle läßt sich das Daseyn einer unheilbaren Nichtigkeit behaupten. Aber welcher Richter — er sey denn der Rechte zu wenig kundig, oder er handle leidenschaftlich — wird sich wohl so laut zu einem Principe bekennen, das sich in den meisten Fällen schon von selbst als vernunftwidrig oder ungerecht ankündigt?

Es würde doch höchst unbillig seyn, wenn eine Urthel, die auf falsche Beweismittel gebaut ist, und die das falsche Princip, worauf sie gebaut ist, wenigstens stillschweigend in sich faßt, durch Nichtgebrauch der Appellation eine so vollkommene Kraft erhielte, daß dagegen gar kein Rechtsmittel mehr zu Gebote stände.

Selbst das Civilrecht giebt daher dem Verletzten durch die oben angeführte (§. 31.)

L. 33. ff. de re jud. (42. 1.)

ein nicht devolutives außerordentliches Rechtsmittel — die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, 127) die gleich der Nullitätenklage 30 Jahre lang dauert. 128)

---

127) Hofacker pr. J. c. §. 806.
Thibaut Pand. Syst. §. 745 u. 1190.

128) L. 3. C. d. præscr. 30. v. 40 ann. (L. 7. t. 39.)
Thibaut über Besitz u. Verjährung. §. 49. S. 131.
Glück Erl. der Pand. 4. B. 1. Tit. §. 439. S. 445.

§. 33.

Da indessen der characteristische Unterschied der Appellation und des Rechtsmittels der Restitution gegen Sentenzen, wie uns ein merkwürdiges Fragment Hermogenians in der

L. 17. ff. de minor. 25. ann. (L. 4. t. 4. [129])

lehrt, darin liegt, daß durch die erste der Richter einer wirklichen Gesetzwidrigkeit beschuldigt, [130]) durch die zweyte hingegen ihm nur ein eigener Irrthum der Parthey, oder eine erlittene Hintergehung vorgestellt wird, so folgt von selbst, daß jenes außerordentliche Rechtsmittel nur in dem Falle ergriffen werden kann, wenn die Parthey sich darauf stützt, daß der Richter aus falschen Beweismitteln geurtheilt habe, ohne zu wissen, oder wissen zu sollen, daß sie falsch sind, wenn ihm also keine eigentliche Gesetzwidrigkeit zur Last gelegt werden kann. [131]) Auch die angeführte

L. 33. ff. de re jud. (42. 1.)

legt — indem sie die Restitution gegen eine aus falschen Beweismitteln gefällte Sentenz gestattet —

---

129) „Præfecti etiam Prætorio ex sua sententia in integrum possunt restituere, quamvis appellari ab his „non possit. Hæc idcirco tam varie, quia *appellatio* „quidem *iniquitatis* sententiæ *querelam*, in integrum „vero *restitutio erroris proprii veniae petitionem*, vel „*adversarii circumventionis allegationem continet.*“ — S. über dieses Fragment besonders Finestres in Hermogeniani I. epitomarum libros sex commentarius T. 1. p. 243.

130) L. 1. ff. d. app. (49. 1.) „appellandi usus *iniquitatem judicantium, vel imperitiam* corrigat.“

131) S. von Almendingen am ang. O. Abh. 7. S. 103 u. 152.

dem Richter sogar nichts zur Last, daß sie ihn vielmehr entschuldigt:

— — „falsis testimoniis conspiratione adver-„sariorum testibus pecunia corruptis *religio-„nem judicis circumventam esse.*“ 132)

§. 34.

Wie aber nun, wenn der Richter einer wirklichen Gesetzwidrigkeit beschuldigt wird, wenn die Parthey behauptet, daß er z. B. wissentlich aus falschen Beweismitteln erkannt habe?

Auch in diesem Falle ist für die in ihren Rechten gekränkte Parthey, im römischen Rechtssysteme Hülfe zu finden, denn offenbar kommt ihr gegen die in Rechtskraft erwachsene Urthel ein prätorisches Rechtsmittel — die Exceptio doli genera-

---

132) Dasselbe Civilremedium findet nach L. 31. ff. d. jure jur. (12. 2.) wie auch L. f. C. d. rebus cred. (4. 1.) Statt, wenn auf einen abgeschworenen nothwendigen, oder willkührlichen Eid eine Absolution erfolgte, dagegen aber neue Beweise beygebracht werden können. Auch hier wird übrigens vorausgesetzt, daß der Richter, indem er auf den Eid erkannte, nicht gesetzwidrig gehandelt habe. „Sæpe solent enim ju-„dices — fügt vielmehr gleichsam zu seiner Entschuldigung die angef. L. 31. bey — „in dubiis causis „exacto juramento, secundum eum judicare, qui ju-„raverit.“

Malblanc doctr. de jurejur. §. 64. u. 65. p. 230.

Stryk d. remed. contra rem judic. Cap. 3. n. 8.

Vergl. Bœhmer d. sent. in rem jud non transeuntibus. §. 33.

v. Gönner am ang. O. §. 35. S. 447.

lis — zu Statten, 133) die ebenfalls durch keine Zeit beschränkt ist. 134)

Namentlich ist auch nur von dieser besondern Exception in der oben angeführten

L. 11. ff. d. exc. et præscript. (L. 42. t. 1.) (§. 31.)

und der

L. 3. C. si ex fals. instr. (L. 7. t. 58.)

die Rede, und die beyden dort angegebenen Fälle setzen ausdrücklich eine vom Richter begangene Gesetzwidrigkeit voraus, indem es in der ersten Gesetzstelle heißt:

„das falsche Instrument sey ex præcepto, 135) „sive interlocutione judicis 136) — also mit-

---

133) L. 1. C. d. re jud. (7. 52.)
L. 17. §. 2. ff. sol. matr. (24. 3.)
Hofaker pr. J. c. §. 865.
Thibaut Pand.Syst. 2te Ausg. §. 1008.
Vinnius partit. Juris. L. 4. C. 48. pag. 511.
Wehrn von gerichtlichen Einwendungen. 4. Abschn. §. 39. S. 67.

134) Glück am ang. O. §. 439.
Thibaut über Besitz und Verj. §. 49. u 56.
Weber Beytr. zur Lehre von Klagen u. Einreden. 1. St. n. 1. S. 21—27.

135) S. Brissonius de Verb. Signif. sub voce: Præceptum. L. 14. p. 1087.

136) *Interlocutio* ist hier in demselben Sinne gebraucht, wie nach der oben (§. 23. lit. p.) schon ausgehobenen L. 4. C. Comminat. epistolæ etc. (7. 57.)
Ferner wie nach L. 9. in f. C. d. sent. et interl. (7. 45.) — „nullam causam interlocutiones plerum„que perimunt." — u. nach L. 7. ff. d. sent. et interl.: — — „nec vox omnis judicis judicati continet „auctoritatem."

„telst einer Art von Machtspruch durch Unter-
„schrift anerkannt worden."

in der zweyten hingegen:

„der Richter habe ein falsches Dokument zum
„Grunde gelegt, dessen Falschheit doch am Tage
„gelegen sey — quod falsum esse constite-
„rit." —

Zwar sagen jene Gesetze bestimmt:

„Einer auf falsche Beweismittel gebaute Sen-
„tenz komme die præscriptio rei judicatæ nicht
„zu statten;" — (§. 31.)

allein wer wollte auch hieraus folgern, die Sentenz, von welcher die Rede ist, sey als unheilbar nichtig gar nicht rechtskräftig worden! Offenbar ist vielmehr vorausgesetzt,

„jene Urthel sey als bloß heilbar nichtig zwar
„in Rechtskraft übergegangen; aber die actio
„rei judicatæ werde durch die exceptio doli
„entkräftet." 137)

§. 35.

So kann also eine Sentenz, die auf falsche Beweismittel gebaut ist, nach Verschiedenheit der

137) Durch die angeführte L. 17. §. 2. ff. sol. matr. (24. 3.) wurde Weiß in seiner Dissert. de causis et præscript. querelæ nullitatis Cap. 2. §. 7 auf die Vermuthung geleitet, als hätten die Römer die Einrede der Nichtigkeit nur unter der exceptio doli begriffen, was aber schon darum nicht ist, weil dieses prätorische Rechtsmittel vermöge seiner Natur ein dem strengen Rechte nach gültiges Rechtsgeschäft voraussetzt. L. 1. §. 1. ff. d. dol. m. et met. exc. (44. 4.) „Ideo hanc exceptionem Prætor proposuit, ne cui „dolus suus *per occasionem juris civ.* contra naturalem „æquitatem prosit."

Umstände bald unheilbar — bald nur heilbar nichtig seyn, sie kann daher bald eine Nichtigkeitsklage, bald das nicht devolutive außerordentliche Civilrechtsmittel der Restitution, bald aber auch eine exceptio doli generalis begründen, und die alten Juristen sind vollkommen gegen die ihnen bisher gemachten Vorwürfe gerechtfertiget, als hätten sie sich in ihren Fragmenten zweydeutiger und sogar widersprechender Ausdrücke bedient, indem sie sich als Mittel gegen eine auf falsche Beweismittel gebaute Sentenz entweder zu der Nichtigkeitsklage, oder zu dem Rechtsmittel der Restitution hätten bekennen wollen. So bestätiget sich denn zugleich auch die obige Behauptung, daß die Heilbarkeit oder Unheilbarkeit aller Nichtigkeiten aus einem und demselben Hauptprincipe abzuleiten sey, namentlich aber diejenigen Nichtigkeiten, wenn gegen eine in Rechtskraft erwachsene Urthel, oder wenn aus falschen Zeugnissen oder Urkunden erkannt wird, oder wenn sie durch einen Rechnungsfehler entstehen, durchaus nichts Charakteristisches an sich tragen.

§. 36.

Zwar scheint es, es könne auch in dem oben §. 15. erwähnten Falle, wenn gegen den Inhalt einer richterlichen Sentenz erkannt wird, der Richter nur dann einer Gesetzwidrigkeit von der Parthey beschuldigt werden, wenn es an ihm liegt, daß er von der früheren Sentenz keine Kenntniß hatte.

Eine gegen eine frühere Sentenz gefällte Urthel sollte daher — so wie eine auf falsche Zeugnisse oder Dokumente gebaute — ebenfalls nur unter jener besonderen weiteren Bedingung unheilbar nichtig seyn; (§. 31.) Allein es äußert sich zwischen beyden Fällen eine wesentliche Verschiedenheit. In dem einen

Falle kommt dem Richter sein unverschuldeter Irrthum zu Statten. In dem andern hingegen gerirt er sich als Richter, er, der es darum nicht ist, weil seine richterliche Competenz durch die gegebene frühere Sentenz — sey es ganz, oder wenigstens für die Sache, in der sie gegeben wurde — aufhörte. (§. 15.) Selbst ein unverschuldeter Irrthum, in dem er sich etwa befand, verändert die Sache nicht, denn auch der bleibt incompetenter Richter, der aus einem obschon schuldlosen Irrthume competent zu seyn glaubt. [138]) Die Gesetzwidrigkeit einer gegen eine Sentenz gefällten Sentenz kann daher durch Nichtgebrauch der Appellation nicht geheilt werden.

§. 37.

Unheilbare Nichtigkeiten gehen nie in Rechtskraft über. [139]) Sofern sie gegen wesentliche Eigenschaften eines Rechtsbegriffes, oder Rechtssatzes direct anstoßen, sofern sind sie kein Gegenstand eines Anerkenntnisses. Anerkenntniß ist aber die Bedingung des Begriffes von Rechtskraft. Nur die Nichtigkeitsklage [140]) verjährt sich in der Regel nach einem Zeitraum von 30 Jahren. [141]). Selbst nach verjährter Nichtigkeitsklage hört aber die Nichtigkeit selbst, auf der sie beruht, nicht auf.

---

138) Vantius l. c. Cap. de nullit. ex def. jurisd. nr. 167. p. 152.

139) L. ult. C. d. sent. ex per recit. (7. 44.)
L. 1. C. quando prov. non est nec. (7. 64.)
L. 23. §. 1. ff. de appell. (49. 1.)

140) Nettelbladt Syst. elem. jurispr. posit. Germ. comm. gener. §. 736. „Actio nullitatis est actio eo tendens, „*ut pro nullo declaretur, quod nullum est.*"

141) L. 3. C. d. præscr. 3o ann. (7. 39.)

Sie dauert vielmehr als solche ewig noch fort, und ist insofern noch mit rechtlichen Folgen begleitet, sofern sie der erloschenen Nichtigkeitsklage ungeachtet noch eine natürliche Verbindlichkeit und ein daraus fließendes Compensations- und Retentionsrecht begründet. Was noch rechtliche Folgen äußert, kann doch wahrlich nicht als völlig erloschen betrachtet werden. 142)

Ganz anders verhält es sich hingegen mit heilbaren Nullitäten.

Wird gegen eine Urthel, die nur gegen die natürlichen Eigenschaften eines Rechtsgeschäfts, oder einer Rechtsbestimmung anstoßt, folglich da sie ein Anerkenntniß zuläßt, keine unheilbare Nichtigkeit in sich faßt, innerhalb 10 Tagen nicht appellirt, so nimmt sie das Gesetz, ohne daß von einer eigentlichen Präscription die Rede seyn kann, als stillschweigend genehmigt, d. i. geheilt an, und sie hat nun vollkommene Rechtskraft. Der Begriff einer rechtskräftigen Urthel 143) erlaubt aber ganz keine weitere Frage, ob sie gerecht, oder ungerecht sey, 144) denn das ordentliche Mittel, Rechts-

142) Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 91. ꝛc. u. die daselbst angeführten Gesetzstellen, u. von Klagen u. Einreden 6ter Betr. S. 63. Besonders von Almendingen am ang. O. S. 308. Auch Höpfner Instit. Comment. §. 1186. Note 1. S. 1044.

143) L. 1. ff. d. re jud. (42. 1.) „quæ *finem controver-* „*siarum* pronunciatione judicis *accipit.*“

144) L. penult. ff. d. just. et jure. „Prætor jus reddere „dicitur, etiam cum inique decernit.“
L. 25. ff. d. statu hom. (L. 1. 5.)
L. 36. ff. fam. ercisc. (10. 2.)
L. 56. ff. de re jud. (42. 1.)
L. 65. ff. d. Scto Trebell. (36. 1.)

verletzungen aufzuheben, die durch heilbare Nichtigkeiten entstanden sind, sollte allein die Appellation seyn.

Zwar ist die Nichtigkeit, die durch Nichtgebrauch der Appellation geheilt wird, natürlich betrachtet, gleich der unheilbaren ewig fortdauernd. Zwar begründet sie nicht weniger, als sie eine natürliche Verbindlichkeit — ein wirkliches Recht; aber nach unseren aufs Wohl des Ganzen gerichteten positiven Bestimmungen über Rechtskraft kann sie kein förmliches Recht — keine bürgerliche Verbindlichkeit produciren, sie kann — sey es durch Klage, oder Einrede — vor Gerichte nicht geltend gemacht werden. 145)

§. 38.

Auf verschiedene Resultate leitet die v. Almendingsche Deduction über unheilbare Nichtigkeiten. „Die Tendenz der Nichtigkeitsquerel — dies sind ihre Hauptsätze (s. Seite 313) — „ist nicht auf „richterliche Abänderung des Entstandenen, sondern „auf richterliche Anerkennung, daß Nichts entstanden sey, gerichtet. Wer möchte nun behaupten, „nach 30 Jahren werde das Nichtige gültig, das „Wirkungslose wirksam, und eben darum die Bitte „um richterliche Anerkennung, daß Nichts geschehen „sey, unzuläßig? Das römische Recht setzt sehr con„sequent ein Urtheil, welches den Beklagten im all„gemeinen anweist, dem Kläger, was er ihm schul„dig sey, nebst Zinsen zu bezahlen, in die Classe „nichtiger Sentenzen." (L. 3. C. de sent. quæ sine etc. L. 7. t. 46.)

---

145) Vergl. Altimarus l. c. P. 1. rubr. 8. qu. 149. p. 399.

„Eigentlich hätten beyde Theile Ursache, die „Richtigkeitsklage dagegen zu erheben. Wer möchte „den Unsinn behaupten, nach 30 Jahren hätten „beyde Theile auf die Richtigkeits-Beschwerde ver„zichtet; der Sieger könne nun ohne weiters die „Vollziehung des Urtheils verlangen. Man sage „nicht, nach 30 Jahren sey die Hauptklage selbst „erloschen. Nach einmal eingeleitetem Rechtsstreit „schützt das Gesetz die Rechtsverfolgung durch vier„zigjährige Dauer." L. 9. C. d. præscr. 30. vel 40. ann. (7. 39.)

„Also wäre der Richtigkeits-Beschwerde der Na„tur der Sache nach gar keine Dauer vorgeschrie„ben? Sie wäre auch nach dem längsten Zeitlauf „noch immer zuläßig? — Keineswegs. Nur wende „man keine positive Vorschrift des römischen Rechts, „am wenigsten die gar nicht hieher gehörige L. 3. C. de præscr. 30. vel 40. annor. an. Die Rich„tigkeitsbeschwerde ist so wenig als die Appellation „eine Klage. Beyde setzen eine schon eingeleitete „Klage, einen schon verhandelten Rechtsstreit vor„aus. Durch beyde wird keine Rechtsvertheidigung „begonnen, sondern fortgesetzt! Bey der Frage, ob „die Richtigkeitsbeschwerde fortdaure, kömmt es ein„zig und allein darauf an, ob der — wenn die „Querel gegründet ist — als nicht geendigt zu be„trachtende Streit fortgesetzt werden könne, oder „nicht, mit andern Worten, ob die Rechtsverfol„gung erloschen sey, oder noch fortdaure? Daß die „fortgesetzte Rechtsverfolgung, oder vielmehr die „Reassumtion des Prozesses gerade durch eine Rich„tigkeitsbeschwerde beginne, ist zufällig und für die „Beantwortung der Frage ohne Folgen. Indessen „wird freylich diese Beantwortung nach der Man„nigfaltigkeit der Fälle verschieden ausfallen müssen. „War die Rechtsverfolgung nichtig eingeleitet, z. B.

„bey einem incompetenten Richter, durch einen un„qualificirten Kläger oder Beklagten, so war sie „eigentlich gar nicht eingeleitet. Das ganze Ver„fahren war eine fortgesetzte Nichtigkeit. Das eine „wirklich eingeleitete und anhängige Klage durch „verlängerte Dauer schützende Gesetz kommt einer „solchen Rechtsverfolgung nicht zu gut. Die Nich„tigkeitsquerel ist mit der Hauptklage erloschen — „viel früher, als nach 30 Jahren, wenn letztere im „Lauf der Verjährungsfrist nichtig war angestellt „worden. War die Rechtsverfolgung gültig einge„leitet, aber nichtig beendigt, so wird der Berech„tigte noch lange auch nach Ablauf des dreyßigsten „Jahrs die Nichtigkeitsbeschwerde erheben können, „da die gerichtliche Wirksamkeit der pendent gewor„denen Klage erst nach 40 Jahren aufhört." —

Der Satz, daß eine unheilbare Nichtigkeit in dem Rechtsverhältnisse der Partheyen keine Aenderung hervorbringe, eben deswegen aber für die Dauer der darauf beruhenden Querel nur die Natur der besonderen zur Sprache gekommenen Hauptklage, sofern sie entweder fortdauernd, oder durch eine bestimmte Zeit beschränkt ist, entscheidend seyn könne, wurde schon von ältern Rechtslehrern wohl eben so oft behauptet, als widersprochen. 146)

146) Baldus ad L. 11. C. de his, qui accus. non possunt. „Cum nullus sit prioris judicii processus, nulla „sententia, nec actio mutata erit, sed eadem mansit, „vel temporalis vel perpetua, pro cujusque natura."
Bocer de nullit. sententiæ. nr. 53.
Brunnemann de proc. Cap. 28. nr. 108.
Bruckner d. nullit. proc. sanab. et insanab. §. 36. p. 132.
Carpzov Jurisprud. for. P. 1. C. 26. def. 21. nr. 10.
Lynker de grav. extrajudic. C. 9. P. 2. n. 3. pag. 813.
Mynsinger Obs. Cent. II. Obs. 77. p. 82.

Die neuere von Almendingsche Lehre erhält zwar durch die beygefügte Distinction, die sich auf L. 9. C. de præscr. 30. vel 40. annor. gründet, [147]) ein erhöhtes Interesse; ob sie indessen richtig und erschöpfend sey, dürfte zu bezweifeln seyn.

Natürlich betrachtet wird allerdings die Hauptklage durch ein gegen sie gefälltes unheilbar nichtiges Erkenntniß nicht vernichtet und unwirksam gemacht; aber in bürgerlicher Beziehung wird sie so lange als erloschen betrachtet, so lange die Frage über die Richtigkeit nicht richterlich geprüft und entschieden ist, eine Frage, deren Entscheidung doch offenbar nicht willkührlich vorausgesetzt werden kann. (§. 37.) Die Nichtigkeitsquerel erst ist es also, die der Hauptklage selbst — mit welcher sich die richterliche Cognition in der Nullitäten-Instanz zugleich beschäftigt, Geist und Leben wieder geben soll. Doch — nicht durch Klagen allein, sondern eben sowohl auch durch Einreden werden — was von Almendingen hier übersehen zu haben scheint — Rechte gewährt. Bekanntlich sind aber diese ewig fortdauernd. [148]) In dem Falle, welchen von Almendingen unterstellt, hatten daher keineswegs beyde Theile Ursache, die Nichtigkeitsquerel zu erheben. Nur dem Kläger konnte daran liegen, ein bestimmtes — rechtsgültiges Urtheil zu erhalten; nur sein Interesse mußte ihm ein Bestimmungsgrund seyn, innerhalb 30 Jahren als Querulant aufzutreten.

Schilter prax. J. rom. Exercit. 49. in app. §. 12. pag. 223.

147) Vergl. die L. 1. C. d. annal. præscript. (7. 40.)

148) L. 5. §. f. ff. d. Exc. (44. 1.)
L. 5. 8. 9. C. ibid. (8. 36.)
L. 6. C. d. temp. in I. R. (2. 53.)

Der Beklagte hingegen war durch die ewige Dauer seiner Nichtigkeits-Einrede vollkommen gesichert. 149)

§. 39.

Selbst unheilbare Nichtigkeiten im Prozesse begründen die Gerichtsbarkeit des Richters nur insofern, insofern zugleich die Hauptsache unrichtig entschieden ist.

Ist dies der Fall nicht, ist vielmehr in der Hauptsache den Rechten gemäß geurtheilt, so wird nicht sowohl confirmatorie erkannt, als vielmehr der Querulant mit seiner Querel zurückgewiesen. 150) Damit will jedoch nicht eine Behauptung aufgestellt werden, bey der materielles Recht so leicht das Opfer werden könnte, die Behauptung so mancher Praktiker;

> daß ohne eine aus den Voracten in der Hauptsache hervorleuchtende Beschwerde die Gerichtsbarkeit der Nullitäten-Instanz nicht begründet werde.

Der Fall, nach welchem aus den Voracten ob deficiens gravamen non devolutorie erkannt wer-

---

149) S. Weber Beytr. zu der Lehre von gerichtlichen Klagen u. Einreden 1. St. nr. 1. S. 6. ꝛc. und die dort angef. Gesetze.
Dabelow über die Verjährung. 2. Th. §. 171. S. 252.
Thibaut über Besitz u. Verjährung §. 56. S. 150.
Hommel Rhaps. qu. P. 3. Obs. 481. p. 764.

150) Altimarus l. c. P. 2. Rubr. 13. qu. 340. nr. 30. etc. pag. 852 etc.
Besold d. app. C. 2. §. 22.
Mynsinger Obs. Cent. 1. Obs. 27. u. Cent. 4. Obs. 62.
Schœpff proc. dicast. C. 22. §. 7.
v. Almendingen am ang. O. S. 318--319.

den kann, ist kaum denkbar. So wie die Jurisdiction des Appellations-Richters schon durch die Frage, ob eine Beschwerde existire oder nicht, begründet wird, also ist dies auch bey der Nullitäten-Instanz der Fall. 151)

Schon die Möglichkeit einer Beschwerde ist hier entscheidend; ihre Wirklichkeit soll gerade erst durch die Nullitäten-Verhandlung ans Licht treten. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß eine Parthey nicht auf solche unheilbare Nichtigkeiten sich stützen kann, welche in die Rechte der andern eingreifen, oder durch ihre eigene Schuld veranlaßt wurden. 152)

§. 40.

Eine Prüfung der Frage, ob und wiefern der jüngste Reichsabschied §. 121. u. 122.

„Indem auch von vielen Jahren her mit vieler „Zeitverlierung unnöthiger Dingen vielfältig di„sputirt worden, ob sententia nulla, oder justa „sich erhalte, und zwar darum allein, daß à sen„tentia nulla in 30 Jahren die Klage prose„quirt, à sententia iniqua aber intra decen„dium appellirt werden kann und soll, so solle „zu Verhütung dergleichen unnöthigen Gezänks „in allen beyden Fällen, das ist à sententia tam „nulla, quam iniqua das fatale interponendæ „observirt — darüber auch hinführo bey Unserem „Cammergericht stät und vestiglich gehalten wer„den. Bey denjenigen Nullitäten aber, welche „insanabilem defectum aus der Person des

---

151) L. 6. C. d. app. et Cons. (7. 62.)
v. Almendingen am ang. O. Abh. 7. S. 111.

152) L. 14. C d. procurat. (L. 2. t. 13.)
Altimarus l. c. P. I. rubr. 4. qu. 47. n. 25. p. 165.

„Richters, oder der Parthey, oder aus den sub-
„stantialibus des Prozesses nach sich führen, ver-
„bleibt es bey der Disposition der gemeinen
„Rechten."

eine Modification der hier dargestellten römischen Principien bezweckt habe, liegt außer der Gränze dieser Abhandlung. 153) Nur einige Andeutungen mögen hier eine Stelle noch finden:

§. 41.

Die Distinction der Richtigkeiten in heilbare und unheilbare ist nichts weniger, als eine Erfindung jener neuern Gesetzgebung; sie liegt — wie aus dem Bisherigen von selbst hervorgeht — wenn schon nicht dem Namen — doch der Sache nach im römischen Rechte. Weißt doch auch der Reichsabschied selbst gerade in Beziehung auf unheilbare Nichtigkeiten — sofern sie wenigstens aus der Person des Richters, oder der Parthey, und aus den Substantialien des Prozesses fließen, auf das gemeine Recht hin.

§. 42.

Ganz spezielle Bestimmungen, welche einzelne Nichtigkeiten für heilbar und unheilbar zu halten seyen, lassen sich — wie Schöpff sie zu wünschen scheint, 154) nach der Natur der Sache, und besonders nach ihrem Umfange gar nicht erwarten. Auch die römischen Juristen, die als bekannt voraussetzen,

---

153) S. darüber besonders v. Gönner am angef. O. u. die dort angef. Schriften. Dec. Cassel. T. 4. Dec. 118. S. 127. Klein merkwürdige Rechtssprüche. 1. B. n. 39. S. 285.

154) am ang. O. Cap. 21. §. 6.

was zu den wesentlichen und zu den natürlichen Eigenschaften eines Rechtsbegriffs oder Rechtsgeschäfts und Rechtssatzes gehöre, sprechen in der Regel von Gesetzwidrigkeiten überhaupt und nur hin und wieder fügen sie die Bemerkung bey, ob und wiefern von einer Urthel, um sie nicht rechtskräftig werden zu lassen, zu appelliren nöthig, das heißt — nach der Sprache der Practiker, ob und wiefern sie heilbar oder unheilbar sey.

Zwar wurden in Schriften neuerer Zeiten einzelne Abarten unheilbarer Nichtigkeiten aufgeführt; allein sie stellten nicht nur kein allgemeines Princip auf, sondern sie dachten sich auch keine andere, als solche, die es der Form des gerichtlichen Verfahrens nach sind, ohne sich einen helleren Begriff von denjenigen unheilbaren Nichtigkeiten zu bilden, die es der Materie einer Urthel selbst nach sind.

Auch bey Vantius in seinem Folio-Werke de nullitatibus processuum, das er ungefähr ein Jahrhundert früher schrieb, als der Reichsabschied sich datirt, finden sich nur die Hauptabschnitte nach Nullitäten „ex defectu jurisdictionis, ex defectu „inhabilitatis et mandati comparentium, ex defectu citationis und ex defectu processus ac „solennitatis et formæ ipsius sententiæ“ und der letzte Abschnitt berührt zugleich nur kurz die absolute Nichtigkeit, die aus der ausdrücklichen Verletzung eines wesentlichen Rechtssatzes hervorgeht, gleichsam als ob nun damit die ganze wichtige Lehre gehörig geordnet und erschöpft wäre. 155)

155) Demselben Systeme gieng auch Altimarus in seinem späteren ungleich größeren Werke nach.

Die Verfasser des Reichsabschieds fühlten nun zwar das große Bedürfniß eines Princips, woraus die Heilbarkeit oder Unheilbarkeit aller Gesetzwidrigkeiten erkennbar wäre; allein auch sie klebten an der beschränkten Idee, als ob sich alle unheilbare Nichtigkeiten nur auf solche reducirten, die es der Form nach sind. Nur diese hatten sie daher auch bey den Bestimmungen, welche die ausgehobene Stelle des Reichsabschieds enthält, wie ihre ganze Fassung zeigt, im Auge.

Vollkommen richtig dachten indessen auch sie sich dabey, dem Grundsatze: „Jus publicum pactis „privatorum mutari nequit" gemäß, [156]) die zwey verschiedenen Arten von Nichtigkeiten dem Prozesse nach:

1.) solche, welche mit den wesentlichen Eigenschaften des prozessualischen Verfahrens, und solche, welche

2.) mit den natürlichen Eigenschaften desselben im Widerspruche stehen.

Wegen der ersten Art von Nichtigkeiten — contra substantialia processus — worunter sie diejenigen zählten, die

a.) aus der Person des Richters,

---

156) S. oben §. 2. besonders Note 9. und §. 11. Note 46. auch noch weiter Paulus nach der L. 12. §. 1. ff. d. pact. dotal. (23. 4.) „Ex pactis alia ad *volun*„*tatem*, pertinent, alia ad *jus* (publicum scil.) veluti „quando dos petatur, quemadmodum reddatur, *in qui*„*bus non semper voluntas contrahentium servatur* — Si „convenerit, ne omnino dos petatur, indotata erit „mulier." Vergl. L. 2. 4. u. 5. ff. ibid. und vorzüglich v. Savigny Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter 1. Th. S. 129.

b.) aus den Personen der Parthenen, und

c.) aus den übrigen wesentlichen Theilen der prozessualischen Handlungen, als solcher fließen, sollte es bey der 30jährigen Verjährung verbleiben. Von Urtheilen, die Nullitäten der zweyten Art — Nullitäten contra naturalia processus — in sich fassen, sollte hingegen, um ihre Rechtskraft aufzuhalten, appellirt werden.

Es ist aber klar, daß der Reichsabschied Nichts verordnete, was nicht zuvor auch längst im römischen Rechtssysteme gegründet war. Es ist klar, daß seine Absicht nur dahin gieng, auf den in demselben gelegenen allgemeinen Character der unheilbaren Nichtigkeiten aufmerksam zu machen und ihn auf die Prozeßform insbesondere anzuwenden.

Wie konnte es auch in der Absicht des Gesetzgebers liegen, alle unheilbare Nichtigkeiten auf die aus den benannten 3 Quellen fließenden Prozeß-Nichtigkeiten zurückzuführen!

Ohnedies wurden durch die Bestimmung des römischen Rechts, daß dem Inhalte nach nur solche Urtheile unheilbar nichtig seyen, welche mit wesentlichen Rechtsbegriffen oder Rechtsbestimmungen in directem Widerspruche stehen, die Nullitätenklagen so bedeutend beschränkt, daß es einer weitern Beschränkung gar nicht mehr bedurfte.

§. 43.

Von dem hier dargestellten Sinne des Reichsabschieds zeugt besonders die Distinction, welche bey der Abfassung desselben von dem Fürstenrathe gemacht wurde.

„Der Nullitäten halber wird wiederholt, daß „ein Unterschied zwischen den nullitatibus wider „das jus naturale laufend und den nullitatibus „juris positivi zu machen, dergestalt, daß in diesen „das fatale decendii sowohl, als in den appella„tionibus hinführo Statt habe, in jenen es aber „wegen der Zeit, in welcher die Klage der Nullität „einzuwenden, bey dem gemeinen Rechte gelassen „werden soll." —

Denn offenbar verstand auch der Fürstenrath, der nichts neues vorbringen, sondern, wie er selbst sagt, bloß wiederholen wollte, als nach bereits gefaßtem Reichsschlusse die Sache in den 3 vormaligen Reichscollegien aufs neue zur Sprache kam, unter nullitatibus gegen das jus naturale Nullitäten gegen wesentliche Eigenschaften des Rechtssystems und unter nullitatibus contra jus positivum Nullitäten gegen die natürlichen, das heißt, solche Eigenschaften desselben, die einer Aufhebung oder Abänderung fähig sind. 157)

Nur daraus ist es wenigstens erklärbar, warum von dieser Distinction des Fürstenraths, ob sie schon in das Reichsgutachten aufgenommen und in der darauf gefolgten Kaiserlichen Resolution approbirt wurde, der Reichsabschied selbst Nichts besonders mehr gedenkt.

§. 44.

Eine unheilbar nichtige Sentenz ist keine Sentenz im rechtlichen Sinne. Der Richter, der sie

---

157) v. Malblanc D. d. remedio nullitatis. Tub. 1798. §. 4. p. 14. u. die dort angeführten Schriftsteller. Vergl. v. Gönner am ang. O. §. 7. und v. Almendingen am ang. O. S. 298. Ferner Ahorn von Ahornrain, Bemerkungen über die Nichtigkeitsbeschwerde, Augsb. 1812. §. 10. S. 24.

fällt, wird angesehen, als hätte er sie nie gefällt, am allerwenigsten wird durch sie der Gerichtsstand verrückt. Nichts hindert daher die verletzte Parthey, ihre Klage als eine neue Klage vor demselben Richter anzubringen. [158])

Wie sollte aber die Beobachtung des Appellationsfatals von 10 Tagen hier nur denkbar seyn!

Die römischen Begriffe von heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten behaupten also auf alle Fälle, wenigstens sofern die Nichtigkeitsklage vor dem vorigen Richter erhoben wird, ihre Kraft und Wirksamkeit, wenn auch die Stelle des Reichsabschieds den angegebenen Sinn nicht hätte. [159])

§. 45.

Das römische Gebäude über Nichtigkeiten kann nicht wohl den Wunsch übrig lassen, daß die schon äußerst beschränkte Zahl der unheilbaren noch weiter beschränkt, oder daß sogar nur diejenigen Urtheile für unheilbar nichtig angesehen werden möchten, welche *wesentliche Formen* des gerichtlichen Verfahrens verletzen.

Warum sollten Verletzungen nach den wesentlichen Theilen der Form ganz ausschließlich begünstigt seyn!

Warum sollte jedes Urtheil, bey welchem der Richter in den wesentlichen Theilen der Materie

---

158) v. Gönner Erört. des Proz. nr. 26. S. 122 u. Handb. Th. 3. nr. 65. S. 456. Ferner Klein am angef. O.

159) Klein am angef. O. v. Gönner Handb. des Proz. Th. 3. nr. 65. S. 456 und Erört. des Proz. nr. 26. S. 122.

augenscheinlich irrte, durch Unterlassung der Appellation volle Kraft erhalten, während ein anderes, dem eine wesentliche Form mangelt, auch ohne Appellation erst nach 30 Jahren volle Wirksamkeit erhält!

Wer wollte z. B. nach 10 Tagen keine Hülfe gegen ein Urtheil mehr gestatten, das mich in das meiner Nichte versprochene Heirathgut verurtheilt, zugleich aber meine Einrede, daß sie ihr Eheverlöbniß längst wieder aufgelößt habe, ohne weiteres als rechtlich unerheblich verwirft, das meinem Bedienten 600 fl. namentlich auch auf die Zeit von 6 Jahren — als Lohn zuerkennt — während welcher er krank im Bette habe liegen müssen, oder das mir Zinse aus Zinsen aufbürdet, oder das auf einem sichtbaren Rechnungs-Verstoße beruht, oder das auf eine Genugthuungsklage einer Geschwängerten, welche doch ihrem eigenen Geständnisse nach früher schon einen vulgo quaesitum erzeugt hatte, die Einrede des Beklagten, daß es ihr eben darum an einem Klagegrunde fehle, als rechtlich unstatthaft erklärt!

Und doch liegt hier überall die Sünde des Richters nicht in der Form seines Ausspruches, sondern in der Materie selbst.

Die Individualität der römischen Gerichtsverfassung kann einmal eine solche Theorie nicht rechtfertigen. 160)

Wollte man auch annehmen, daß der judex pedaneus sich nur mit Eruirung des Factums zu

160) v. Almendingen am angef. O. S. 283. Ahorner von Ahornrain Bemerkungen über die Nichtigkeitsbeschwerde. S. 17 u. 51.

beschäftigen gehabt, daß er durch Anwendung eines irrigen Rechtssatzes die Gränzen seiner Befugniß überschritten — eben deswegen aber als incompetenter Richter — folglich wiederum nur der Form nach unheilbar nichtig gehandelt habe, so würde doch auch daraus Nichts im allgemeinen folgen. Sprach denn nicht auch außerordentlicher Weise der Prätor selbst? Uebertrug er nicht oft auch die Entscheidung einer Sache bald den Centumvirn, bald den Recuperatoren ꝛc., von welchen doch allgemein zugegeben wird, daß sie nicht bloß über das Factum, sondern auch über den Rechtspunkt zu cognosciren und zu urtheilen gehabt haben? [161]) Aber selbst auch die Begriffe einer so beschränkten Amtsphäre des judex pedaneus scheinen auf einem Mißverständnisse der bekannten Formel, deren sich der Prätor bey seiner Ernennung bediente, z. B. der Formel:

„Esto judex *et si pareat, rem ita esse*, pronuncia!“ [162])

zu beruhen.

Wenigstens bezeugen von Selchow, [163]) Sigonius, [164]) Rosinus, [165]) Bultejus, [166]) Noodt [167]) und Andere gerade das Gegentheil. Wie ließe sich

---

161) Bach hist. J. L. 2. Cap. 1. §. 28 etc. Heineccius ant. rom. synt. app. L. 4. t. 6. §. 29.

162) Brissonius d. form. et solennibus populi rom. L. 5. pag. 349 etc. — v. Savigny Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter 1. B. S. 77.

163) Elem. juris rom. publ. et priv. antejustinianei. P. I. L. 2. C. 7. §. 238. u. 241.

164) d. ant. jure pop. rom. T. II. Cap. 22. pag 488.

165) antiquit. rom. corpus absolutiss. L. 9. Cap. 14. p. 1462.

166) tract. d. judiciis. L. 1. Cap. 4. nr. 5. u. 6. p. 39 u. 40. Ferner L. 2. C. 4. nr. 484. p. 289. u. L. 2. C. 4. n. 467. p. 286.

167) de jurisdict. et imperio. L. I. Cap. 8. p. 87.

damit auch die Stelle des Cicero de Orat. L. 1. vereinigen, [168]) wie das Sacrament des Judex nach der L. 14. C. de judic. (3. 1.) [169]) wie überhaupt der ganze Inhalt dieser Gesetzstelle, welche von ihm als einem Juris disceptator spricht, wie die L. 79. §. 1. ff. d. judic. (5. 1.) sofern sie ihn anweist, in Fällen, wo er über Rechtsfälle Zweifel hat, den Präses der Provinz zu Rathe zu ziehen? [170]) Wie endlich die L. 15. pr. ff. de re jud. (42. 1.) wo Ulpian ausdrücklich sagt: „à Divo Pio rescrip„tum est, magistratus populi rom. ut *judicum* à „se datorum, vel arbitrorum *sententiam* exequan„tur hi, qui eos dederunt. [171])

Und würde dann der judex pedaneus, wenn seine Wirksamkeit sich wirklich nur auf das Factum beschränkt hätte, nicht auch durch Anwendung eines an sich richtigen Rechtssatzes seine Gränzen überschritten haben? Doch — jede Cognition über das Factum setzt ohnedies stets auch die Anwendung gewisser Rechtsprincipien — z. B. über die Beweise voraus und die ganze Distinction zwischen jus in thesi und hypothesi hat an sich überhaupt — wie schon oben aufs evidenteste gezeigt wurde, gar kein logisches Fundament. [172])

---

168) „in privatis judiciis sæpe non de facto, sed æqui„tate et jure certatur."

169) „Omnimodo sese cum veritate et legum observa„tione judicium dispositurum."

170) Vergl. L. 1. C. d. relat. (7. 61.) L. 2. C. Theod. de relat. (11. 29.)

171) Eben so auch Harmenopul l. c. L. 1. t. 1. p. 51. „Magistratus, qui judicem dedit, *sententiam ejus* exe„quitur."

172) Ant. Faber Jurisprud. Papinianeæ Scientia. t. 1. princ. II. Illatio 7. p. 12. „Scævolæ responsa fere omnia „clausulam habebant: *secundum* ea, quæ proponeren„tur, ut appareret, eum *non de facto*, sed *ad factum* „respondere. Ex facto enim jus oritur."

VIII.

Ueber die L. 77. ff. de Reg. Juris.

(L. 50. t. 17.)

Als Anhang der vorstehenden Abhandlung.

§. 1.

Die L. 77. ff. d. reg. J. steht — wie in vorstehender Abhandlung, besonders §. 11., bemerkt ist — mit der römischen Nullitäten-Lehre in zu enger Verbindung, als daß es nicht zweckmäßig seyn sollte, ihr noch einige Paragraphen zu widmen.

Dieses Fragment, das aus dem 28sten Buche der Quästionen Papinians geschöpft ist, lautet also:

„Actus legitimi, qui recipiunt diem, vel „conditionem [1]) veluti mancipatio, accepti-

1) Die Vulgata liest: non recipiunt etc. — Beyde Lesarten haben im Grunde denselben Sinn, denn die Worte der obigen, als der Florentinischen sagen offenbar Nichts anderes, als dies: „Wenn die fünf „Handlungen, von welchen die Rede ist, eine ihnen „beygefügte Bedingung oder Zeitbestimmung aufneh„men, so werden sie durch diese Beyfügung ungül„tig." In den Basiliken nach Fabrot findet sich die Stelle gar nicht. Nach der sehr interessanten Nach-

„latio, hereditatis aditio, servi optio, datio „tutoris *in totum vitiantur per temporis, vel* „*conditionis adjectionem. Non nunquam* „*tamen actus suprascripti tacite recipiunt,* „*quæ aperte comprehensa vitium haberent,* „nam si acceptum feratur ei, qui sub con- „ditione promisit, ita demum egisse aliquid „acceptilatio intelligitur, si obligationis con- „ditio exstiterit, *quæ si verbis nominatim* „*acceptilationis comprehendatur, nullius mo-* „*menti faciet actum.*"

§. 2.

Sehr sonderbar scheint es allerdings zu seyn, daß die erwähnten 5 Acte keine ausdrückliche — aber doch eine stillschweigende Bedingung zulassen, daß übrigens selbst eine stillschweigende Bedingung nicht selten nur insoferne der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts unnachtheilig sey, soferne sie nicht noch besonders auch ausdrücklich bygefügt werde.

Wenn die angegebenen fünf Acte einer ausdrücklichen Zeitbestimmung oder Bedingung unfähig sind, so sollten sie doch wohl einer stillschweigenden nicht minder unfähig seyn. Auch sollte man wenigstens nimmermehr annehmen können, daß die ausdrückliche Beyfügung einer Bedingung ein Geschäft vernichte, in dem sie stillschweigend doch schon lag, denn superflua non nocent — heißt es sonst in den Rechten. 2)

---

richt des civilistischen Magazins 3. B. 1. Hft. S. 248 enthält sie aber das vollständigere Manuscript der Coislinischen Bibliothek, und zwar ebenfalls mit den Worten: „non recipiunt."

2) Dies ist wirklich Reichards Argumentation in der Schrift: Disquisitio, utrum actus legitimi Romanis

Doch — beyderley Bestimmungen stehen mit der Theorie von Bedingungen, so wie sie von den römischen Juristen gebildet wurde, 3) in vollkommener Harmonie.

§. 3.

Die stillschweigenden Bedingungen — sie beziehen sich auf eine Zeit oder anderswohin — theilen sich in eigentliche, die aus Handlungen durch Schlüsse, wozu allgemeine Vernunft und Erfahrungsgründe — præsumtiones facti — berechtigen, hervorgehen, und in uneigentliche, die unmittelbar entweder aus dem Wesen eines Rechtsgeschäfts 4) — ex substantialibus actus — oder aus dem Gesetze, und zwar aus den natürlichen Eigenschaften des besonderen zum Grunde liegenden Rechtsgeschäfts — ex naturalibus actus — oder überhaupt aus einer rechtlichen Vermuthung —

---

fuerint solenniores. P. I. u. 2. Jenæ 1788. 9. S. Bibliothek kleiner jurid. Schriften. Leipzig 1802. 3. B. 1. Hft S. 62.

3) Eine Theorie, die bey ihrer unverkennbar großen Einwirkung auf die Rechtslehre im Ganzen und bey ihren so verschiedenartigen Beziehungen auf Verträge und Testamente einer besondern systematischen Bearbeitung eben so bedürfte, als sie ihrer würdig wäre.

4) Beyspiele finden sich in
§. 5. I. d. Verb. Oblig. (L. 3. t. 16.)
§. 1. I. loc. cond. (L. 3. t. 25.)
L. 23. ff. d. Reg. J. (L. 50. t. 17.)
L. 24. ff. d. op. lib. (L. 38. t. 1.)
L. 4. §. 2. ff. d. pact. (L. 2. t. 14.)
L. 21. ff. d. jure dot. (L. 23. t. 3.)
L. 2. t. 46. ff. loc. cond. (L. 19. t. 2.)
L. 73. L. 83. §. 5. ff. d. V. O. (L. 48. t. 1.)
L. 8. L. 39. §. 1. ff. d. contr. E. (L. 18. t. 1.)
L. 29. ff. pro soc. (L. 17. t. 2.)
L. 1. §. 3. ff. d. cond. (L. 35. t. 1.)

ex præsumtione juris — 5) fließen, wenn auch schon die handelnden Personen bey Abschließung des Geschäfts daran nicht einmal gedacht haben. 6)

Unter die uneigentlich stillschweigenden Bedingungen gehören nach römischen Begriffen besonders auch die Fälle, in welchen eine in einem vorangegangenen Acte ausdrücklich beygefügte Bedingung in einem nachfolgenden als stillschweigend wiederholt vermuthet wird. 7)

Eine Bedingung, die sich ohne Uebereinkunft der Partheyen von selbst versteht — conditio im-

---

5) L. 38. ff. de solut. (L. 46. t. 3.)
L. 12 ff. d. transact (L. 2. t. 15.)
L. 35. §. 5. L. 76. ff. d. contr. E. V. (L. 18. t. 1.)
L. 9. ff. d. serv. (L. 8. t. 1.)
L. 34. §. 1. ff. mand. (L. 17. t. 1.)
L. 4. L. 40. §. 3. L. 57. ff. d. pact. (L. 2. t. 14.)
L. 102. de cond. (L. 35. t. 1.)
L. 14. ff. pro soc. (L. 17. t. 2.)
L. 27. 54. §. 1. ff. loc. (L. 19. t. 2.)
L. 21. ff. d. precar. (L. 43. t. 26.)
L. 15. C. d. don. ante nupt. (L. 5. t. 3.)
L. 8. C. d. rev don. (L. 8. t. 56.)
L. 3. C. loc. cond. (L. 4. t. 65.)

6) sic ex natura mutui fluit, ut æque bonum reddatur, *etsi non cavimus.*
L. 3. ff. d. reb. cred. (L. 12. t. 1.)
L. 31. ff. d. ædil. ed. (L. 21. t. 1.)
L. 4. ff d. pact. (L. 2. t. 14.)
L. 68. §. 1. L. 76. pr. ff. d. contr. Emt. (L. 18. t. 1.)

7) L. 19. pr. ff. d. const. pec. (13. 5.) „id, quod sub conditione debetur, sive pure, sive certo die constituatur, eadem conditione suspenditur, ut existente conditione teneatur, deficiente, utraque actio depereat.“
L. 83. ff. de leg. 2. (30. 2.)
L. 77. ff. d. cond. (L. 35. t. 1.)
L. 18. ff. d. cond. inst. (35. 1.)
L. 63. ff. d. leg. 3. (30. 3.)

proprie tacita — ist gar keine Bedingung im rechtlichen Sinne; sie hält auch die Wirksamkeit einer Handlung nicht auf, wenn sie schon erst nach ihrem Eintritte klagbar wird 8) und wenn sie schon gleich einer ausdrücklichen eine bestandene Verbindlichkeit resolviren kann.

§. 4.

Eben darum, weil die uneigentlich stillschweigenden Bedingungen, das heißt, solche, die in der Sache selbst liegen, gar keine Bedingungen im rechtlichen Sinne sind, stehen sie auch der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts, das keine Bedingung zuläßt, nie im Wege. 9)

Daher die bekannte Rechtsregel in der L. 195. ff. de Reg. J.

„*Expressa nocent, non expressa non nocent.*“

Eine Erbeinsetzung oder eine Legatsverordnung kann z. B. nicht von dem Willen eines Dritten abhängig gemacht werden. 10)

Ungeachtet aber durch die Verordnung:

---

8) L. 73. ff. d. V. Obl. (L. 45. t. 1.)
L. 1. L. 4. pr. L. 99. L. 107. ff. de cond. et dem. (L. 35. t. 1.)
L. 3. ff. d. leg. I. (L. 30. t. 1.)
L. 6. 7. pr. et §. 1. L. 21. 25. ff. quando dies leg. (L. 36. t. 2.)
L. 4. ff. d. pact. (L. 2. t. 14.)
L. 3. C. d. fidejuss. (46. 1.)

9) L. 52. u. L. 1. ff. de leg. II. (30. 2.)
L. 132. ff. d. Verb. Obl. (45. 1.)

10) L. 32. ff. d. hered. inst. (L. 28. t. 5.)

„Mevius soll Erbe seyn, wenn Titius das Ca-
„pitolium besteigt" —

die Erbeinsetzung von dem Willen eines Dritten mit abhängig gemacht wird, so soll doch eine solche Verordnung deswegen ihre volle Kraft haben — non noceat — weil die Bedingung:

„Si Titius voluerit" —

nur stillschweigend in der ausdrücklichen Bedingung:

„Si Titius Capitolium ascenderit" —

mit liegt. [11])

Eben so ist es eine unerlaubte Bedingung, ne dolus præstetur. [12]) Nach der L. 27. §. 3. ff. d. pactis [13]) kann aber gültig dahin paciscirt werden,

ne depositi agatur,

obschon auch in dieser Bedingung jene stillschweigend mit enthalten ist.

So wie die römischen Juristen in dem ersten Falle annehmen, daß die Besteigung des Capitols ohne alle Beziehung auf die bedingte Erbeinsetzung, ja ohne davon auch nur Kenntniß zu haben, von Titius geschehen könne, so wie sie also die Erbeinsetzung vielmehr von dieser äußern Handlung, als von dem Willen des Titius abhängig betrachten, [14])

---

11) L. 52. ff. d. cond. et dem. (L. 35. t. 1.)
L. 68. ff. d. hered. inst. (L. 28. t. 5.)

12) L. 1. §. 7. ff. depos. (L. 16. t. 3.)
L. 23. ff. d. Reg. J. (L. 50. t. 17.)

13) Illud nulla pactione effici potest, ne dolus præstetur, quamvis si quis ita paciscatur, ne depositi agat, vi ipsa id pactus *videatur*, ne dolo agat, quod pactum proderit. S. auch L. 7. §. 15. ff. d. pact. (L. 2. t. 14.)

14) Mit der ang. L 52. u. 68. steht Ulpian ad Sabinum in L. 1. pr. ff. de leg. 2. wohl nicht im Wider-

eben so nehmen sie auch in dem zweyten Falle an, der Depositar habe die moralisch unmögliche Bedingung:

„ne dolus præstetur“

bey der Stipulation

„ne depositi agatur“

gar nicht besonders beabsichtiget, 15) („videtur — heißt es auch nur — „ita pactus) sondern sich nur in der Allgemeinheit vor einer Klage aus irgend einem Fundamente gesichert.

---

sprüche. „Ein Legat kann — möchte die Stelle zu paraphrasiren seyn — „bedingungsweise auf den Willen eines Dritten ausgesetzt werden; denn wie bedeutend verschieden sind nicht“ — fügt Ulpian als Note zu jenen Worten Sabins bey — „die beyden „Sätze? Es verschaft mir Jemand ein Legat, wenn „Titius das Capitol besteigen, oder wenn es der „Wille des Titius seyn sollte?“ Nie läßt sich von Ulpians Scharfblicke annehmen, daß er diese beyden Sätze für gleichbedeutend sollte gehalten haben. Kann es doch der Wille des Titius seyn, daß ich das Legat erhalte, ohne daß er Lust oder Kraft hat, das Capitol zu besteigen! Kann er doch umgekehrt das Capitol besteigen, ohne zu wollen, daß das Legat mir zu Theil werde, ja ohne von der Legatsverschaffung selbst einige Kenntniß zu haben! Offenbar erkannte Ulpian nur in dem ersten Satze eine wahre den Willen des Testators zwar beschränkende — aber nicht aufhebende Bedingung — wovon er ein erläuterndes Beyspiel geben wollte — in dem zweyten — als Gegensatze des ersten hingegen eine reine Resignation des Testators in den Willen des Titius. S. Dauth d. testam. Lips. 1594. p. 62.

15) L. 15. ff. d. cond. inst. (28. 7.) Vergl. Donellus ad tit. C. d. pactis et transact. p. 73.

§. 5.

Waren die uneigentlich stillschweigenden Bedingungen gar keine Bedingungen im rechtlichen Sinne, und wurde daher eine unter einer solchen Bedingung eingegangene Handlung für eine rein — pure — eingegangene Handlung betrachtet, so war es sehr consequent, daß die Bestimmung, nach welcher gewisse feyerliche Handlungen keine Bedingungen zuließen, sich nicht auf uneigentlich stillschweigende Bedingungen ausdehnten, mithin sie dieselben auch nicht ungültig machten — non nocebant. —

Und nun ist es also von selbst erklärbar, warum

1.) nach der L. 6. §. 1. ff. de tutel. die tutoris datio, wenn sie schon unbedingt geschehen sollte, doch immer die Bedingung der Cautionsleistung stillschweigend in sich trug, warum

2.) nach der L. 15. ff. de manumiss. u. L. 1. ff. de statulib. die manumissio per vindictam, die in den italienischen Provinzen wohl meistens mit einer Mancipation verknüpft war, mortis causa, folglich unter der stillschweigenden Bedingung geschehen konnte, daß der Manumissor seinen Willen nicht ändere, warum

3.) nach der L. 5. §. 1. ff. quis ordo in poss. serv. die vom Sohne im Namen seines abwesenden Vaters geschehene prätorische Erbschafts-Antretung, die doch wohl gleich der civilis unbedingt agnoscirt werden mußte, immer die stillschweigende Bedingung in sich faßte, daß der Vater die Handlung genehmige, warum

4.) nach der L. 21. ff. de opt. leg. die optio servi darum ihre Kraft nicht verlor, weil in dem vorangegangenen Testamente, auf das sie sich doch

stillschweigend bezog, ein dies — dies nuptiarum lag, [16]) warum endlich

5.) nach unserer L. 77. die acceptilatio ihre volle Wirksamkeit hatte, ungeachtet das vorangegangene Versprechen, auf das sie sich gründete, und das sie vermöge einer Rechtsvermuthung nach seinem ganzen Umfange, folglich auch mit seiner ausdrücklichen Bedingung stillschweigend wiederholte, (§. 3.) bedingt war, und warum also Pomponius in der L. 12. ff. de accept. sagt:

„quod in diem, vel sub conditione debetur, „acceptilatione *tolli potest*, sed ita id fac„tum apparebit, si conditio stipulationis ex„titerit."

§. 6.

Ungleich schwieriger ist die Beantwortung der weitern Frage, wiefern ein Rechsgeschäft durch die ausdrückliche Beyfügung einer Bedingung, die schon stillschweigend in demselben lag, aufrecht erhalten, und wiefern es hingegen — denn es ist nach unserer Lex bald das eine, bald das andere der Fall — dadurch vernichtet werde. [17])

---

16) S. auch §. 23. J. d. leg. u. Merillius Obs. L. 2. Cap. 8.

17) Bynkershöck und Voorda wundern sich sogar nicht darüber, daß es noch keinem Interpreten gelungen sey, die Gründe für den einen und den andern Fall auf eine befriedigende Art zu entwickeln, daß sie vielmehr die alten Classiker geradezu beschuldigen, als hätten sie eigentlich selbst nicht gewußt, was sie mit ihren dunkeln Sätzen, z. B. auch in L. 52. und 68. ff. d. cond. sagen wollten. S. den ersten in opusculo 6. d. leg. poenæ nomine. C. 3. p. 377. u. den zweyten in interpret. et emendat. J. Rom. Cap. 41. p. 177.

Das Ganze scheint sich aber in folgende zwey Hauptregeln einzuschließen:

Erste Regel.

Ist das Gegentheil dessen, was schon in einer uneigentlich stillschweigenden Bedingung liegt, physisch oder moralisch unmöglich, so kann der Wille eines Paciscenten (Handelnden), sie zu einer ausdrücklichen Bedingung zu erheben, auch nicht entscheidend seyn, sondern der ganze Act dieser Erhebung erscheint als etwas bloß Ueberflüssiges, das als solches der Gültigkeit eines Geschäfts auch nicht schadet.

Es liegt z. B. in dem Versprechen der Früchte eines Guts, die in einem bestimmten Jahre wachsen, die stillschweigende Bedingung, daß welche wachsen. 18) Da das Gegentheil dessen, was schon in dieser stillschweigenden Bedingung liegt, physisch unmöglich ist, das heißt, da dasselbe Versprechen unmöglich auf den Fall ausgedehnt werden kann, wenn in dem bestimmten Jahre keine Früchte wachsen, da also der Paciscent sich nicht in dem Falle befindet, in dem sein Wille etwas entscheiden könnte, so ist von selbst klar, daß jene stillschweigende Bedingung einer Erhebung zu einer ausdrücklichen an sich unfähig ist, und daß die ausdrückliche Bedingung, sofern die stillschweigende dazu nichts destoweniger erhoben wird, als ganz überflüssig der Gültigkeit der Geschäfte nichts geben oder nehmen kann.

---

18) L. 73. L. 83. ff. d. V. Obl. (L. 46. t. 1.)
L. 1. §. 3. ff. d. cond. et dem. (L. 35. t. 1.)
L. 25. §. 1. ff. quando dies leg. (L. 36. t. 2.)
L. 8. L. 39. §. 1. ff. d. contr. emt. vend. (L. 18. t. 1.)

In dem Begriffe eines Heirathguts liegt — um ein weiteres Beyspiel zu geben — stillschweigend schon der Begriff der Ehe. 19) Da also kein Heirathgut denkbar ist, sofern keine Ehe existirt, so wäre es, um mit Florentinus (in der L. 65. ff. de Verb. Oblig.) zu reden, ein wahres arma virumque cano, wenn einem Heirathgutsversprechen die ausdrückliche Bedingung beygefügt werden wollte, wenn die Ehe vollzogen würde.

Eben so liegt es ferner in dem Begriffe eines Legats, daß solches nur alsdann wirksam ist, wenn der Erbe die Erbschaft antritt. Es hängt nicht von dem Erblasser ab, zu wollen, daß das Legat auch in dem Falle gültig seyn soll, wenn der Erbe die Erbschaft nicht antritt, folglich bleibt eine ausdrückliche Bedingung dieser Art immer eine höchst müßige Bedingung, die auch das Legat selbst nicht zu einem bedingten macht — non nocet. — 20)

Zweite Regel.

Ist das Gegentheil dessen, was schon in einer stillschweigenden Bedingung liegt, physisch oder moralisch möglich, dann ist der Wille eines Paciscenten, sie zu einer ausdrücklichen Bedingung zu erheben, entscheidend; die stillschweigende Bedingung

---

19) L. 4. ff. d. pact. (L. 2. t. 14.)
L. 21. ff. d. jure dot. (L. 20. t. 3.)
L. 3. 7. 8. 22. 41. 68. ibid.

20) L. 3. ff. de leg. I. (30. 1.) „hæc verba testatoris: si „heres hereditatem adierit, legatum non faciunt con„ditionale."
L. 19. §. 1. L. 107. ff. d. cond. et dem. (L. 35. t. 1.)
S. bes. L. 22. §. 1. ff. quando dies leg. (L. 36. t. 2.) und Finestres in Hermogeniani Juris epitom. L. 6. ad L. 12. d. cond. inst. pag. 667.

hört auf, eine bloß uneigentliche Bedingung zu seyn, und sie verwandelt sich in eine Bedingung im rechtlichen Sinne, sie schadet also auch der Gültigkeit aller derjenigen Acte, die keine Bedingung zulassen.

§. 7.

Nun kann es keinen Zweifel mehr haben, warum nach der L. 6. §. 1. ff. de tutel. 21) bey der Tutoris datio die stillschweigende Bedingung, daß der Tutor Caution leiste, unbeschadet der Gültigkeit des Geschäfts zu einer ausdrücklichen erhoben werden kann.

Das Gesetz selbst verbindet den Tutor zur Cautionsleistung, es hängt nicht von dem Richter ab, das Gegentheil zu wollen. Darum ist es auch eine ganz überflüssige Clausel, wenn der Tutoris datio die Bedingung der Cautionsleistung beygefügt wird, die nach jener Lex auch nicht als eine Bedingung, sondern nur als eine Admonition anzusehen ist.

Nun ist es hingegen eben so klar, warum in den Fällen, welche die L. 15. ff. de manumiss. (40. 1.) die L. 5. §. 1. ff. quis ordo etc. (38. 15.) die L. 21. ff. de opt. leg. (33. 5.) und unsere L. 77. ff. d. R. J. aufstellen, die zum Grunde liegenden stillschweigenden Bedingungen, ohne die Rechtsgeschäfte selbst zu entkräften, nicht zu aus-

---

21) „Sub conditione à Præsidibus provinciarum non „posse dari tutorem placet, et si datus sit, nullius „momenti dationem. Et ita Pomponius ait. Hanc „autem adjectionem, quam Præsides provinciarum faciunt: Tutorem do, si satis dederit, *non conditionem* „in se habere, *sed admonitionem*, non aliter tutelam „committi, quam si satis dederit, hoc est, non aliter „ei geri permittendum, quam si rem salvam fore caverit.“

drücklichen Bedingungen erhoben werden können, und warum also diese ihnen schaden.

Was insbesondere unsere L. 77. betrift, so beruht die ihr zum Grunde liegende stillschweigende Bedingung auf der Rechtsvermuthung, daß der Act der Acceptilation unter derselben Bedingung abgeschlossen worden sey, unter welcher das vorangegangene Versprechen zu Stande kam. (§. 3.) Sofern es aber in der Macht des Schuldners steht, auf diese stillschweigende Bedingung zu verzichten, sofern befindet er sich in dem Falle einer freyen durch die Sache selbst nicht beschränkten Entschließung, und darum macht auch die ausdrückliche Wiederholung jener stillschweigenden Bedingung den Act der Acceptilation zu einem im rechtlichen Sinne bedingten — folglich, da er als eine Art von Zahlung 22) keine Bedingung zuläßt, 23) zu einem unkräftigen Acte.

§. 8.

Gewiß würden sich so manche Interpreten in Exegesirung der L. 77. weniger verwickelt haben, wenn sie die bisherigen Gesetze unter allgemeine feste

---

22) §. 1. f. quibus mod. toll. obl., (3. 30.) „acceptilatio est imaginaria solutio.“
L. 7. §. 1. ff. d. lib. leg. (34. 3.)
L. 31. ff. d. nov. (L. 46. t. 2.)
L. 1. ff. d. accept. (L. 46. t. 4.)

23) L. 4. ff. d. acceptil. (46. 4.) „acceptilatio sub con-„ditione fieri non potest, *nam solet liberare solutionis* „*exemplo*.“
Pr. J. quibus mod. toll. obl. (3. 30.) „Tollitur „omnis obligatio solutione.“
L. 52. 54. ff. d. solut. (46. 3.)
L. 47. u. 176. ff. d. Verb. S. (50. 16.)
L. 4. §. 7. ff. d. re judic. (42. 1.)

Principien zu subsumiren gesucht hätten. Gewiß würden sie auch bey Erklärung der

L. 65. §. 1. ff. de legat. et fideic. I.

„Illi, si volet, stichum do, conditionale est „legatum et non aliter ad heredem transit, „quam si legatarius voluerit, quamvis alias „quod sine adjectione, si volet, legatum sit, „ad heredem legatarii transmittatur. *Aliud* „*enim est juris, si quid tacite continetur,* „*aliud si verbis exprimatur.*“

und

der L. 47. ff. de condit. et demonstrat.

„Servo libertatem ita dedit: Ille si meus erit, „liber esto, legatum vel hereditatem sine con„ditione ei dedit, deinde eum alienavit, de„bebitur domino ejus legatum, vel hereditas, „et jussu ejus adiri poterit, nam id expressit, „si meus erit, in libertate danda: *quo fu*„*turum erat, ut impediretur libertas, etiamsi* „*id expressum non esset. Sæpenumero tamen* „*mutatur rei effectus: quamquam id expres*„*serit testator, quod etsi non fecisset, inesset* „*tamen.*“

nicht die Schwierigkeiten gefunden haben, die sie dabey fanden. In beyden ist nicht von einer Nichtigkeit des Acts, sondern nur von seinem Bedingtseyn — als Wirkung des Ausgedrückten über das, was sich stillschweigend versteht, zunächst die Frage.

Die L. 65. §. 1. ff. de leg. I. behandelt einen Fall, wo in einer ausdrücklichen Bedingung zwar dieselbe Bestimmung liegt, die auch in einer concurrirenden uneigentlich stillschweigenden enthalten ist, wo aber die erste Bedingung zugleich

eine weitere Hauptbestimmung enthält, die natürlich auch für die Frage entscheidend ist, ob das Geschäft für bedingt oder unbedingt zu achten sey. Allerdings liegt nämlich in jeder Legatsverschaffung von selbst die Bedingung:

Si legatarius voluerit.

und ein Testator kann das Gegentheil dessen, was diese stillschweigende Bedingung enthält, nicht gebieten, das heißt, er kann seinen ernannten Legatar nicht verpflichten, es seyn zu wollen, so daß also die in jener Lex festgesetzte Bedingung:

„Si legatarius voluerit"

nach der obigen ersten Hauptregel zu beurtheilen, folglich für überflüssig und nicht adjicirt zu achten seyn möchte; allein weit entfernt, den Legatar in der Wahl, es seyn zu wollen oder nicht, zu beschränken, kann ein Testator wenigstens dies verfügen, daß er sich im erstern Falle über seine Entschließung bestimmt erkläre, und in dieser Beziehung hat die ausdrückliche Bedingung, die unsere L. 65. macht, einen ausgedehnteren Sinn, einen Sinn, der sie zu einer Bedingung im rechtlichen Sinne erhebt, der dem Satze: Expressa nocent, Raum giebt, das heißt, das Legat zu einem bedingten macht. 24)

Eben so giebt die L. 47. ff. d. condit. et dem. ein Beyspiel von dem einfachen Satze, daß oft ei-

---

24) Vergl. L. 69. ff. d. cond. et dem. (35. 1.)
L. 12. ff. d. cond. inst. (18. 7.)
L. 11. §. 5. ff. d. leg. 3. (32. 2.)
L. 69. L. 86. ff. d. hered. inst. (28. 5.)
Voetius ad ff. L. 28. t. 7. §. 3.
Tulden comm. in Dig. L. 30. p. 239.

ner Handlung — (hier die Verschaffung der Freyheit durch ein Testament) Etwas ganz müßig beygefügt werde. — (Hier um deswillen die Bedingung: si meus erit, weil einem fremden Knechte die Freyheit nicht vermacht werden — auch Niemand das Gegentheil hievon wollen kann.) Indem aber der Jurist zugleich den weitern Satz ausdrückt:

> daß sich der Stand einer Sache zuweilen verändere, wenn Etwas ausgedrückt werde, was sich schon von selbst verstehe,

deutet er gerade auf die Fälle, in welchen die ausdrückliche Erklärung über das, was schon stillschweigend in einer Handlung liegt, schadet, mithin solche bald ungültig, bald wenigstens bedingt macht, namentlich also auf die Fälle nach L. 5. §. 1. ff. quis ordo. L. 21. ff. d. opt. leg. L. 15. ff. d. manumiss. L. 65. §. 1. ff. d. leg. I. u. besonders auch unserer L. 77. ohne sich jedoch in seinen Gegenstand tiefer einzulassen.

Eine Analisirung der etwa hier eingreifenden weiteren Gesetzstellen würde zu weit und doch nie zu einem andern Resultate führen.

IX.

Ueber die Stelle des Königlich Würtembergischen Landrechts 1. Theils 75sten Titels, §. Es sollen auch die Frauen ꝛc.

§. 1.

Das Königlich Würtembergische Landrecht stellt gleich dem gemeinen Rechte die Ehefrau im Concurse über das Vermögen des Ehemanns mit ihrem Heirathgute in die zweyte Classe unter die privilegirten stillschweigenden Unterpfänder.

Hingegen weicht jenes von diesem insofern ab, daß es einem ältern ausdrücklichen — öffentlichen oder Privatpfandgläubiger — einen Vorzug vor dem Heirathgute einräumt.

„Es sollen auch die Frauen — sagt nämlich das Königlich Würtembergische Landrecht 1. Th. 75. Tit. S. 211 — „als welchen für ihre Ehesteuer ihres „Manns Haab und Güter stillschweigend verpfändt, „allen andern Schuldgläubigern, so allein stillschweigende, aber nicht ausdrückliche ältere Pfand haben, „vorgehen.“ 1)

1) Vergl. das älteste Landrecht von 1554. I. Th. S. 134. „Doch soll die Frau, der für ihre Ehesteuer vermög

§. 2.

Die Verwicklungen, die sich bey der Anwendung dieser Bestimmungen finden, sind bekannt. Nur selten berühren das Heirathgut und das ältere ausdrückliche Unterpfand einander in der Location unmittelbar. Gewöhnlich concurriren andere privilegirte Unterpfänder, die der Zeit nach dem Heirathgute nach — dem ausdrücklichen Pfandgläubiger aber auch ohne Rücksicht auf die Zeit vorgehen, oder es concurriren einfache gesetzliche Unterpfänder, die an sich wohl vor dem ausdrücklichen Privatpfand-Gläubiger, nicht aber auch vor dem Heirathgute einen Vorzug haben, oder es concurrirt mit dem Heirathgute und dem ältern ausdrücklichen Privatpfand-Gläubiger ein öffentlicher, der nur jenem — nicht aber auch diesem nachsteht.

§. 3.

Doch — alle diese Collisions-Fälle hat die Praxis, indem sie zu Gunsten des Heirathguts die Regel: Si vinco vincentem te, vinco etiam te — aufstellte, längst entschieden. 2)

Hingegen wird von einigen neuern Schriftstellern, 3) deren Verdienste um das Würtembergische

---

„der Rechten alle ihres Manns Haab und Güter „stillschweigend verpfändt, allen andern Schuldgläu-„bigern, so auch (d. h. ebenfalls) stillschweigende „Pfand haben, vorgeben." Das Landrecht von 1567 erklärt also nur das Vorangegangene durch den Beysatz: „aber nicht ausdrückliche ältere Pfand haben," ohne etwas neues zu verfügen.

2) von Kapf D. d. dote pignori anteriori expresso postponenda. Tub. 1778.

3) Bolley die Lehre von öffentlichen Unterpfändern. Tüb. 1802. S. 191.

Privatrecht längst anerkannt sind, die Frage überhaupt in Anspruch genommen,

ob — was den ältern ausdrücklichen Privatpfand-Gläubiger betreffe, dessen Vorzug vor dem Heirathgute an sich noch gegründet sey;

und nach ihrer Meynung [4]) soll die dahin sich beziehende Verordnung des Landrechts mit dem Inhalte des Rescripts vom 19. März 1736, [5]) das den Vorzug der gesetzlichen Unterpfänder vor den Privat-Unterpfändern als Grundsatz stabilirte — ein Grundsatz, den das Württembergische Privatrecht zuvor eben so wenig kannte, als ihn bis jetzt das gemeine Recht kennt — nicht mehr vereinbar seyn. [6])

§. 4.

Eine kurze Prüfung der vorliegenden Frage wird wenigstens denen nicht überflüssig scheinen, die den Wunsch hegen, daß sich die Anzahl der zweifelhaften Sätze unsers Würtembergischen Privatrechts wo möglich in demselben Verhältnisse vermindern möchte, in welchem neuere Litteratur sie vermehrte.

Weishaar Handbuch des Würtemb. Privatrechts. Stuttg. 1805. 2. Th. §. 578—280. S. 119.

4) Uebrigens äußerte sie schon Hochstetter in thes. J. W. priv. 1778. th. 14.

5) S. als Anhang einen Auszug dieses Rescripts, das sich auch in Gerstlachers Sammlung der Württemb. Gesetze 1. B. S. 60 findet.

6) Diese neuere Lehre mag wohl auch die Veranlassung gewesen seyn, daß v. Gmelin seinen frühern dahin sich beziehenden Satz modificirte. Vergl. seine Ordnung der Gläubiger nach den beyden Ausgaben von 1793. 3. Kap. §. 5. S. 156 und von 1813. Kap. 5. §. 99. S. 339.

§. 5.

Die Stelle des Rescripts nach ihrer ganzen Verbindung genommen beweist schon klar, daß es nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag, die ältere Verordnung des Landrechts aufzuheben. Sie weist uns nicht an, alle gesetzliche Unterpfänder nach ihrem weitesten Begriffe den ausdrücklichen ältern Pfandgläubigern vorzuziehen. Sie disponirt vielmehr ganz bestimmt, daß zuerst die öffentlichen, dann die gesetzlichen und nach solchen die Privatpfand-Gläubiger locirt werden sollen.

Deutlicher konnte doch der Gesetzgeber nicht zu erkennen geben, daß er unter dem Ausdrucke gesetzliche Unterpfänder sich ausschließlich die einfach gesetzlichen gedacht habe. Hätte er dabey auch die privilegirt gesetzlichen im Auge gehabt, so würde — was bis jetzt noch Niemand behauptet hat — folgen, daß ihnen die öffentlichen Unterpfänder vorgesetzt werden müßten. Man weiß, wie oft die Gesetzgeber von einer Gattung sprechen, ungeachtet sie nur von einer Abart verstanden seyn wollen, z. B. nach L. 4. 8. 15. 16. 18. ff. de servit. von Dienstbarkeiten überhaupt, ungeachtet ihr Gegenstand nur dingliche sind.

§. 6.

Die gemeinrechtliche Regel, die den privilegirten Hypotheken den Rang vor den Privathypotheken einräumt, galt zur Zeit der Emanirung des ersten Landrechts auch schon in Würtemberg, und nur durch eine Ausnahme von ihr sollten nach demselben ältere Privat-Unterpfänder dem Heirathgute vorgehen. Dem Gesetzgeber konnte es also im Jahr 1736 um Aufstellung einer allgemeinen

Regel über das Verhältniß der privilegirten Unterpfänder und der Privatpfand-Gläubiger nicht wohl mehr zu thun seyn. Auch aus diesem Grunde ist aber nichts gewisser, als daß nur die einfach gesetzlichen Unterpfänder der Gegenstand seiner Bestimmungen seyn sollten.

§. 7.

Gesetzt aber auch, es wäre wirklich zugleich in der Absicht des Gesetzgebers von 1736 gelegen, als allgemeine Regel festzusetzen, daß die privilegirt gesetzlichen Unterpfänder den Privatpfand-Gläubigern vorgehen sollen, so würde selbst auch daraus Nichts gegen die noch jetzt bestehende Gültigkeit des im Landrechte verordneten Vorzugs der ältern Privatpfand-Gläubiger vor dem Heirathgute zu folgern seyn.

Lautet eine neuere Verordnung ganz allgemein, die ältere, die ihr zu widersprechen scheint, bezieht sich aber auf eine besondere Classe von Personen, oder auf alle Personen, sofern sie sich in einem besonderen Falle befinden, und disponirt über deren Rechte und Verbindlichkeiten, so bestehen nach bekannten hermeneutischen Gesetzen beyde Verordnungen neben einander in dem Verhältnisse, wie Regel und Ausnahme. 7)

Insofern nun aber die ältere landrechtliche Verordnung einem Privatpfand-Gläubiger wirklich nur durch eine Ausnahme von der allgemeinen Re-

7) L. 41. ff. d. poenis. (L. 48. t. 19.)
L. 80. ff. d. Reg. J. (L. 50. t. 17.)
C. 1. d. const. in 6to.
Bœhmer in comp. ff. L. 1. t. 1. §. 6.
Glück Erläut. der Pand. 1. Th. §. 80. 93. u. 98.

gel und zwar nur in dem besonderen Falle ein Vorzugsrecht vor dem Heirathgute einräumte, wenn dessen Unterpfand jünger ist, insofern müßte vermöge jenes hermeneutischen Grundsatzes selbst auch in dem gesetzten Falle angenommen werden, daß der Gesetzgeber durch das neuere Rescript von 1736 mit der darin bestätigten allgemeinen älteren Regel zugleich auch ihre ältere Ausnahme stillschweigend bestätiget habe.

§. 8.

Allerdings wird selbst ein singuläres Recht durch ein allgemeines correctorisches Gesetz aufgehoben, wenn dieses singuläre Recht sich aus einer allgemeinen — mit dem neuen correctorischen Gesetze in Widerspruch stehenden Regel ableitet; [8]) allein dies ist hier der Fall nicht.

Die Bestimmung des Rescripts von 1736 floß aus dem Princip, daß Privat-Unterpfänder vor den gesetzlichen keine Begünstigung verdienen, weil sie von den Debitoren leicht verschwiegen, dadurch aber gutmüthige Creditoren um das Ihrige kommen können.

Von demselben Grundsatze — weit entfernt, ihn zu mißkennen — gieng der Würtembergische Gesetzgeber in Absicht auf privilegirte Unterpfänder schon längst zuvor aus, indem er ebenfalls die Regel aufstellte, daß diese den Privat-Unterpfändern ohne Unterschied des Alters vorgezogen werden sollen.

Nun setzte er zwar in Beziehung auf das Heirathgut eine Ausnahme fest, insofern aber diese

8) Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. B. S. 257.

Ausnahme auf einem ganz besonderen Fundamente — nämlich auf einer unter den Rechtslehrern damalen herrschenden Meynung beruhte, daß das gesetzliche Privilegium des Heirathguts nach dem Sinne der

L. ult. §. 1. C. qui pot. in pign. (L. 8. t. 18.)

nur gegen Unterpfänder gleicher Art, folglich nur gegen gesetzliche, nicht aber gegen vertragsmäßige einen Vorzug habe, 9) insofern ist sie von jenem allgemeinen Principe, das dem Rescripte von 1736 zum Grunde lag, ganz unabhängig und durchkreuzt dasselbe sogar nicht, daß sie vielmehr es noch bestätigt.

§. 9.

Diese nach dem wahren Begriffe einer ältern besonderen Bestimmung — sofern sie nämlich, wie Thibaut lehrt, 10) nicht aus einer allgemeinen mit einem neueren Grundsatze im Widerspruche stehenden Regel abgeleitet ist — abgemessene Erklärungsart stellt sich wohl um so richtiger dar, je mehr sie zugleich der Absicht des neuern Gesetzgebers — Beschränkung des Vorzugs der Privatpfand-Gläubiger — entspricht.

Indem nämlich das Rescript von 1736 die einzelnen Abarten von einfach gesetzlichen Unterpfändern über die Privat-Unterpfänder erhob, so vervielfältigte es zugleich von selbst die möglichen Collisionsfälle, in welchen das Heirathgut durch Beru-

---

9) Dabelow vom Concurs der Gläub. 2te Ausg. 11. Cap. S. 297.

v. Kapf in der angez. Diss. §. 2. u. 3.

10) am angez. O. S. 258.

fung auf die Regel: Si vinco vincentem te, vinco etiam te, sich den Vorzug vor dem ältern Privatpfand-Gläubiger verschaffen kann, und der Gesetzgeber konnte daher um so viel weniger Veranlassung finden, seine Verordnung auch auf privilegirte Unterpfänder noch weiter auszudehnen, als sie sich in ihren eben erwähnten unmittelbaren Folgen darauf ohnedies schon ausdehnte.

§. 10.

Auf alle Fälle muß man wenigstens soviel annehmen, daß es höchst zweifelhaft bleibe, ob der Gesetzgeber unter dem Ausdrucke: gesetzliche Unterpfänder auch die privilegirt gesetzlichen ohne alle Ausnahme verstanden habe.

Wie sollte man aber bey so gerechten Zweifeln umhin können, von den möglichen Bestimmungen nur diejenige zu wählen, welche das gewisse bestehende Recht am wenigsten beschränkt. [11])

§. 11.

Was auch zur Begründung einer entgegengesetzten Erklärung angeführt wird, hält die Wagschale nicht. Daß nach der Verordnung des Landrechts das Heirathgut in Beziehung auf den ausdrücklichen ältern Pfandgläubiger in die Categorie der einfach gesetzlichen herabgesetzt worden sey, daß es also, nachdem das Rescript von 1736 die vormalige Gleichheit der gesetzlichen und Privat-Unterpfänder aufgehoben habe, von der Theilnahme an dem den ersten im allgemeinen ertheilten Vorzuge nicht mehr ausgeschlossen werden könne, [12]) ist eine ganz willkührliche Voraussetzung.

---

11) Thibaut am angez. O. S. 257.

12) Weishaar am angez. O. u. Bolley am angez. O.

Nach dem Sinne des Landrechts soll das Heirathgut sein privilegirtes Unterpfand gegen einen ausdrücklichen ältern Pfandgläubiger nicht geltend machen können, das heißt, eben so viel, es soll gegen ihn gar kein Vorzugsrecht genießen. Die Behauptung, daß ihm statt seines privilegirten gesetzlichen Unterpfands ein einfaches gegeben worden sey, hat durchaus keinen Grund für sich. Zu welchem Zwecke hätte es dieses Surrogats gegen den ausdrücklichen ältern Pfandgläubiger auch bedurft? Doch wohl nicht, um ihm mittelst desselben nachzustehen? Gegen andere Creditoren aber war dem Heirathgute sein Vorzugsrecht ja nicht entzogen. 13)

Gesetzt übrigens auch, das Heirathgut wäre durch die Verordnung des Landrechts in die Categorie der einfach gesetzlichen Unterpfänder herabgesetzt worden, so würde nur soviel folgen, daß es sich seines einfach gesetzlichen Pfandrechts gegen den ältern ausdrücklichen Pfandgläubiger nun eben so wenig, als des privilegirt gesetzlichen, ja um so viel weniger bedienen könnte.

§. 12.

Daß das Paraphernal-Vermögen dem ausdrücklichen ältern Privatpfand-Gläubiger nun vorgeht, während diesem das Heirathgut nachsteht, trägt etwas Auffallendes — aber nichts Widersprechendes an sich.

---

13) Die weitere landrechtliche Ausnahme am angez. O. §. Jedoch ꝛc. hat hieher keinen Einfluß; daher ihrer auch, um die Sache nicht zu verwickeln, gar nicht gedacht wurde.

Möglich mag es seyn, daß der Gesetzgeber die Folgen seiner neuen Verordnung nicht im Ganzen überschaute. War es aber auch wirklich? Und dachte der Gesetzgeber dabey an das privilegirt gesetzliche Unterpfand des Heirathguts und dessen älteres Verhältniß mit einem ausdrücklichen ältern Unterpfande wirklich gar nicht, wie können wir sie — ohne willkührlich zu handeln — darauf ausdehnen?

Gesetze, welche in ihrer Ausführung nicht miteinander in einen absoluten Widerspruch gerathen, sondern sich auf irgend eine Art zusammenpassen lassen, heben sich bekanntlich nicht auf; sie beschränken sich nur.[14] Von einem absoluten Widerspruche kann aber hier nicht die Rede seyn. Entweder concurrirt in irgend einem gegebenen Falle mit dem Heirathgute auch Paraphernal-Vermögen, oder es concurrirt nicht. Im letzten Falle erscheint gar kein Widerspruch; im ersten hingegen ist selbst das Paraphernal-Vermögen wiederum das Mittel, dem Heirathgute einen Vorzug vor dem ausdrücklichen ältern Privat-Unterpfande durch die Berufung auf die obige Regel: Si vinco etc. zu verschaffen.

---

14) Thibaut System des Pand. Rechts. 1. B. §. 35.

Anhang.

Rescript vom 19. März 1736.

Da die Vergantungen auf dem Lande hin und wieder so gemein zu werden beginnen, daß dadurch sehr viele und oft ganz unschuldige Leute in den größten Schaden gesetzt werden, hierzu aber auch vornämlich die Constituirung der vielen hypothecarum quasi publicarum Gelegenheit giebt, als wodurch mancher übler Haushälter seine böse Oekonomie lange verstecken, mithin seinem Nebenmenschen und dem Publico Schaden zufügen kann; als sollen, um diesem malo desto mehr zu steuern, nicht nur die Unterpfandsbücher nach der Fürstlichen Landesordnung besser beobachtet, sondern auch von dem ersten Junius 1736 an die hypothecæ quasi publicæ, so nur coram notario et testibus errichtet worden, denen privatis nicht mehr präferirt, sondern unter denselben nach der Priorität der Zeit rangirt, die tacitæ, vel legales hypothecæ aber immediate nach den publicis, und vor denen privatis locirt werden.

X.

Ueber die L. un. ff. de glande legenda.

Als Nachlese zur ersten der civilistischen Abhandlungen des Herrn Hofraths Thibaut.

Ein Fragment Ulpians aus seinem 71sten Buche ad edictum — die L. un. ff. de glande legenda überliefert uns die Formel des dahin sich beziehenden prätorischen Interdicts.

Sie lautet nach der Ausgabe des Charondas, Gothofred und Anderer also:

„Ait Prætor, glandem, quæ ex illius agro „in tuum cadat, quominus illi *tertio quo-* „*que die* legere, auferre liceat, vim fieri „veto. Glandis nomine omnes fructus con- „tinentur. 1)

Welchen Sinn haben nun aber wohl diese Worte? Ist der Eigenthümer des Baums das gefallene Obst von seinem Abfallen an gerechnet, auch am

1) S. auch L. 9. §. 1. ff. ad exh. (10. 4.) „interdicto „de glande legenda, ut mihi tertio quoque die legen- „dæ glandis facultas esset, uti potero."

dritten Tage noch — *tertio quoque* [2]) *die* — das heißt — wie beynahe einstimmig angenommen wird — intra triduum aufzulesen befugt, oder darf er sich dieses Rechts je nach drey Tagen — *tertio quoque die* — das heißt *alternis diebus* — bedienen?

Herr Hofrath Thibaut hat in der ersten seiner sehr schätzbaren civilistischen Abhandlungen mit dem ihm eigenen Scharfblicke die Gründe entwickelt, die den zweyten Sinn rechtfertigen dürften.

Aber sollte nicht gleichwohl ein entscheidendes Gewicht darauf mitzulegen seyn, daß — wie wenigstens die älteste glossirte Ausgabe des de Tortis, so wie die von Hugo à Porta Lugduni 1551 versichert — Einige „tertio *quoquo* die," das heißt: tertio quovis die — an jedem dritten Tage lesen.

Eine Reihe von Gesetzen [3]) zeigt uns den Ausdruck: „quoquo" in demselben Sinne, den auch der Ausdruck quovis — oder quolibet — hat, und

2) Dieses Wörtchen als adverbium gebraucht.

3) L. 3. ff. ad L. Cornel. de fals. (48. 9.)
L. 1. pr. ff. d. furt. adv. naut. (47. 5.)
L. 14. §. 11. ff. quod metus c. (4. 2.) Diese 3 Fragmente von Ulpian selbst.
L. 10. L. 41. §. 11. ff. d. fideic. libert. (40. 5.)
L. 9. ff. d. leg. 3. (30. 3.)
L. 6. §. 3. ff. d. statulib. (40. 7.)
L. 55 ff. d. usur. (22. 1.)
L. 54. L. 68. ff. de solut. (46. 3.)
L. 7. §. 1. ff. d. acq. rer. dom. (41. 1.)
L. 12. ff. d. hered. vel act. vend. (18. 4.)
§. 1. J. d. militari test. (2. 11.)
L. 17. C. d. testam. mil. (6. 21.)
L. 3. §. 1. C. d. sec. nupt. (5. 9.)
L. 1. C. d. quadriennii præscript. (7. 37.)

dieser Ablativ vom Nominativ quisquis ist zu bekannt, als daß die Classiker der Note 4. S. 2 beypflichten werden, welche die Behauptung aufstellt:

„Die Lesart „quoquo," welche andeutet, daß „Etwas durch und durch so sey, kann „hier zu keinem vernünftigen Sinne „führen."

Gesetzt aber auch, man behalte die gewöhnliche Lesart tertio *quoque* die bey, so verliert dadurch die Thibautsche Exegese, die jenes Wörtchen vom Nominativ quisque ableitet, Nichts an ihrer Richtigkeit. Wohl nur zufälliger Weise ließ sie indessen unberührt, daß — was hier ganz nicht unbedeutend ist — derselbe Ulpian in seinem 70sten Buche desselben Commentars ad edictum und zwar ebenfalls aus Gelegenheit der Lehre von den prätorischen Interdicten die Worte:

„tertio quoque die"

wirklich als synonim mit:

alternis diebus —

das heißt, je nach dem andern Tage gebrauchte.

Er schreibt nämlich in der

L. 1. §. 22. ff. de aqua quotidiana. (43. 20.)

nach Hugo à Porta ganz bestimmt:

„Item quæsitum est, si quis dum putat, „*tertio quoque die* 4) habere se jus aquæ „ducendæ duxerit una die, an recte et sine „captione possessoris duxisse videtur, ut hoc „interdictum habeat? Ait enim Prætor: uti „hoc anno aquam duxisti, *id est alternis*

---

4) id est: *de tertio in tertium diem*, fügt die Glosse des Accursius hier bey.

„*diebus*. Illud autem nihil interest, utrum „*quinto die* aqua debeatur, *an alternis diebus*, an quotidie ei, qui hoc interdicto uti „velit; nam cum sufficiat, vel uno die hoc „anno aquam duxisse: nihil refert, qualem „aquæductum habens duxerit, dum, si quis, „cum quinto quoque die uteretur, quasi alternis diebus ducens, interdixerit, nihil ei „prodesse videatur."

Doch — auf welche Widersprüche und Ungereimtheiten würde nicht die entgegengesetzte Erklärungsart führen?

Warum sollte der Eigenthümer sein Obst nicht noch am fünften Tage auflesen können, wenn er noch irgend einen Gebrauch davon machen zu können glaubt? Hat auch die Fäulniß es schon ergriffen, so ist dies doch nur seine Sache und jede Einrede hierüber eine von seinem Rechte abgeleitete — folglich unstatthafte Einrede.

Auch fällt das Obst — wenn nicht Wind oder Platzregen eintritt, nur allmählig und theilweise bey Tage, wie in den Stunden der Nacht. Wer vermag also einen terminum à quo seines Abfallens, das sich, wenn auch Jemand dazu Zeit und Neigung haben sollte, nicht wohl controliren läßt, bestimmt anzugeben, um darauf eine Art von Verjährung zu gründen? Und wie lästig und gefährlich könnte nicht leicht der obstgierige Nachbar durch Vervielfältigung seiner ungebetenen Besuche dem Fleiße des Nachbars und seinem Eigenthume werden?

Wird hingegen nach der obigen Erklärungsart dem Auflesen des Obsts je über den andern Tag, das heißt, je am dritten Tage — tertio

quoquo die — ohne Rücksicht, wann es gefallen sey, Statt gegeben, so läßt sich auf der einen Seite nicht befürchten, daß dasselbe in der kurzen Zwischenperiode Schaden leide, während auf der andern der Grundeigenthümer eine bestimmtere Zeit und Gelegenheit gewinnt, den Baums-Eigenthümer zu beobachten, ob und wiefern sich seine Bemühungen wirklich nur aufs Obstauflesen beschränken.

XI.

Ueber ein Fragment des Paulus in receptis sententiis.

L. 5. t. 12. §. 2.

§. 1.

Nur darüber ist gewöhnlich unter den Rechtsgelehrten die Frage, wie das Fragment des Paulus im fünften Buche seiner Sentenzen, im zwölften Titel: de jure fisci et populi, §. 2.

„Ei etiam velut indigno aufertur hereditas, „qui adfinem, vel cognatum, cui ipse ab „intestato successurus erat, testamentum „facere prohibuit, aut ne jure subsisteret, „operam dedit.“

zu emendiren sey.

Daß uns der Gothische Compilator dieses Fragment — was freylich bey manchen andern der Fall ist — corrupt überliefert habe, setzen sie als entschieden voraus. Wem sollte aber auch ein Widerspruch hier nicht schwer werden!

§. 2.

Der Verwandte, der seinen Verwandten durch Zwang oder Furcht vom Testiren zurückhält, leidet

eine natürliche und gerechte Strafe, wenn ihm der Fiskus seinen Erbtheil entzieht.

Aber nach dem Satze, so wie er ausgedrückt ist, soll auch der Schwager seines Intestat-Erbtheils für unwürdig erkannt werden, wenn er seinen Schwager im Testiren hindert, oder, wenn er es dahin einleitet, daß von ihm auf eine ungültige Weise testirt wird; und doch war es ein unwandelbarer Grundsatz des römischen Rechts:

adfinitatis nulla est successio. [1])

ein Grundsatz, der es in der Regel ganz unerklärbar macht, wiefern Jemand auch nur ein Interesse finden sollte, seinen Schwager im Testiren zu beschränken, da gerade nur ein Testament ihm den Weg, zu seinem Verlaßthume zu gelangen, bahnen kann.

§. 3.

Cujacius, [2]) Gothofred, [3]) Rittershusius [4]) und Schulting [5]) schlagen zwey verschiedene Wege vor, unser Fragment mit dem römischen Rechtssysteme in Harmonie zu setzen.

Die drey ersten streichen die beyden Worte:

„adfinem vel“ —

ohne weiters durch, der letzte vertauscht hingegen das Wort:

„adfinem“

mit dem Worte: agnatum.

---

1) L. 3. u. 7. C. comm. de succ. (L. 6. t. 59.)
2) ad Pauli sententias. §. 2.
3) in f. corpus J. civ.
4) in seiner Ausgabe der Sentenzen des Paulus. Nrbg. 1594. 8.
5) jurisprud. antejustin. pag. 477.

Nur Bynkershök [6]) hoft ohne Emendation zum Ziele zu kommen.

Indem er ein eigentliches Affinitäts-Verhältniß unter Eheleuten annimmt, glaubt er, Paulus habe dieses Verhältniß und die darauf sich gründende Erbfolge ex edicto unde vir et uxor im Auge gehabt, und die Stelle sey daher so zu paraphrasiren: „Wer seinen Ehegatten oder Verwandten, dessen „Intestaterbe er ist, im Testiren hindert, oder es „dahin einleitet, daß ein unkräftiges Testament „zu Stande kommt, dem wird als einem Unwür- „digen sein Intestat-Erbtheil entzogen.“

§. 4.

Bynkershöks Hypothese — mit so vielem Aufwande von Gelehrsamkeit er sie auszurüsten wußte — wird wohl nie einen besondern Beyfall finden. Es bleibt immer höchst unwahrscheinlich, daß sich Paulus unter einem so ganz uneigentlichen Ausdrucke, der sich auch sonst in keinem Fragmente in solcher Verbindung findet, [7]) unter dem Ausdrucke: adfinem, einen Ehegatten gedacht habe.

---

6) In seinen Observationen L. 5. C. 6. Ihm tritt auch Brissonius de Verb. Sign. sub voce: adfines. bey

7) In den beyden Fragmenten nach L. 38. §. 1. ff. d. usur. (L. 22. t. 1.) u. L. 8. ff. de cond. causa data etc. (L. 12. t. 4.) ist ausdrücklich von zwey Verlobten die Rede, deren Verhältniß unter dem uneigentlichen Namen als Adfinitäts-Verhältniß angegeben wird, und natürlich schadete es nach dem lakonischen Rescripte in L. 5. C. d. hered. inst. (L. 6. t. 24.) das uns mit so manchen andern Codex-Gesetzen über den vorgelegenen Fall ganz im Dunkeln läßt, der Erbeinsetzung Nichts, wenn die Frau des Cassianus unter dem Namen als seine affinis von einem Dritten als Erbin eingesetzt, die Erbeinsetzung übrigens anderwärts her außer Zweifel war.

§. 5

Die Cujaciussche oder Schultingsche Emendation würde freylich den Knoten mit Einemmale lösen. Abgesehen aber auch davon, daß weder der einen, noch der andern dieser Emendationsarten auch nur eine der bekannten vielen Ausgaben, die alle nur denselben Text liefern, zur Seite steht, so wird sich die Critik so lange nicht berechtigt halten, ihnen beyzustimmen, so lange sich unserm Fragmente, so wie es einmal gegeben ist, ein vernünftiger Sinn unterstellen läßt.

Daß aber unser Fragment wirklich einer vierten Interpretationsart fähig sey, bey der es ohne Hülfe der Emendation einen mit ihm selbst und dem römischen Rechtssysteme zusammenhängenden Sinn erhält, dies zu zeigen, soll nun in wenigen Paragraphen versucht werden.

§. 6.

Der Schwager hat allerdings für seine Person keinen Erbanspruch auf das Verlaßthum seines Schwagers. Insofern er aber dessen Schwester zur Ehe hat, die ihren Bruder zu erben hoft, 8) insofern

8) Wirklich behaupteten die Brüder und Schwestern eines Verstorbenen, obschon nicht nach dem Buchstaben des Zwölftafelgesetzes, doch nach der Interpretation der Juristen in der Zahl der Agnaten als consanguinei die erste Stelle, vermöge welcher sie alle übrigen Agnaten ausschloßen. Paulus selbst in receptis sent. L. 4. t. 8. d. intest. success. §. 3. „Intestatorum hereditas defertur lege 12. tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis et aliquando „quoque gentilibus deferebatur. Sane consanguineis „lex non adprehenderat; interpretatione prudentum „*primum inter agnatos locum* acceperunt." Eben so

läßt sich auch bey ihm ein Interesse denken, das ihm nahe genug seyn kann, um seinen Schwager im Testiren zu hindern, oder es dahin einzuleiten, daß er ungültig testirt.

Daß aber Paulus wirklich diesen sehr einfachen Fall sich gedacht und seine rechtlichen Folgen dahin habe bestimmen wollen, daß der dolus des Gatten der Gattin schaden, folglich um Nichtsweniger eine Confiscation Statt finden soll, gewinnt einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit.

§. 7.

Nur durch diese Erklärungsart bekommen die Worte:

„*cui* ipse successurus erat." 9)

einen vernünftigen Sinn.

---

§. 13. „Si cui heredes non sunt, ad agnatos legitima „hereditas pertinebit, inter quos primum locum con-„sanguinei obtinent," besonders aber §. 16. und 17. „*Soror jure consanguinitatis tam ad fratris, quam ad* „*sororis hereditatem admittitur.* Consanguineis non exi-„stentibus agnatis defertur hereditas etc. — ferner §. 22. „Feminæ ad hereditates legitimas ultra consan-„guineas successiones non admittuntur." Alles dies bestätigt auch Justinian. §. 3. ff. de legit. agnat. succes. (3. 2.) S. Glück von der Intest.Erbfolge. §. 53. u. 54. S. 140—142. Griesinger Theorie der Suität. §. 44—46. S. 245 ꝛc. — Traten auch die Schwestern — was Manche bestreiten — durch Verheirathung aus der väterlichen Familie, und lösste sich dadurch nach L. 11. ff. d. suis et legit. hered. (38. 16.) ihr Civilrecht auf, so fanden sie dagegen in dem prätorischen Edicte unde legitimi. (38. 7.) wiederum Hülfe. Ulpian nach L. 2. §. 4. ff. unde legit. u. Paulus selbst nach L. 3. ff. ibid. S. Koch bonor. Poss. §. 13. S. 198. Glück am ang. O. §. 77. S. 213.

9) not. der Text sagt nicht: *quibus* ipse etc.

Paulus stellt nämlich den adfinem und cognatum einander entgegen.

Von dem ersten wird für bekannt angenommen, daß er bey der Erbtheilung seines Schwagers nur als Gatte seiner Ehefrau ein Interesse hat, von dem letzten hingegen wird ausdrücklich bemerkt, daß dieser seinem Cognaten in eigenem Namen — ipse — succediren würde, so daß sich also jene Worte zum Unterschiede des affinis ganz ausschließlich nur auf das ohnehin nächst vorangehende Wort:

„cognatum“ —

beziehen.

Bey jeder der drey obigen andern Erklärungsarten würde die Stelle durch die Worte:

„Ei aufertur hereditas“ —

und

„cui ipse successurus erat“ —

einen Pleonasmus enthalten, indem es sich wohl von selbst versteht, daß nur dem eine Erbschaft entzogen werden kann, der selbst, oder von dem ein unter seiner Gewalt stehendes Familienglied succedirt.

Wie sollte sich dies aber mit der bekannten — zwar bestimmten, aber gedrängten — beynahe lakonischen Schreibart des Paulus, der sonst als strenger Logiker gepriesen wird, vertragen!

§. 8.

Mit den allgemeinen Grundsätzen, die theils in der

L. 74. ff. de reg. J. 10)

10) „non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.“

theils in dem Titel des Codex

„ne uxor pro marito. [11])

theils besonders in der

L. 2. ff. si quis aliquem testari prohibuerit. [12])

aufgestellt sind, scheint es allerdings zu contrastiren, wenn nach unserer Erklärungsart die Ehefrau die dolose Handlung ihres Gatten als eines Dritten mit dem Verluste ihres privativen Erbguts büßen soll; allein so wie es nicht an Beyspielen fehlt, nach welchen jene Grundsätze überhaupt [13]) und namentlich unter Ehegatten [14]) eine Ausnahme fanden, so wird die unserm Fragmente zum Grunde liegende Entscheidung, die ohnehin nach dem neuern Rechte des Codex nicht erklärt werden darf, durch einige analoge Pandecten Gesetze vollkommen gerechtfertigt. Die

L. 1. ff. si quis aliquem testari prohibuerit

und die

L. un. ff. quibus non competit Bon. poss.

---

11) L. 2. ibid. „ob maritorum culpam uxores inquie-„tari leges vetant."

12) „Factum fratris fratri non nocet."

13) L. 5. C. ad Leg. Jul. maj. (L. 9. t. 8.)
L. 2. C. d. his, quibus ut indignis etc. (L. 6. t. 35.)
L. 5. L. 22. ff. ibid. (L. 34. t. 9.)
L. 4. C. d. primip. L. 12. t. 63.
L. 4. §. 2. ff. d. off. præcons. (L. 1. t. 16.)
Gothofred ad L. 74. ff. d. Reg. J. p. 327.
Hofacker in comp. ff. § 1734.

14) L. 3. C. d. primip. (L. 12. t. 63.)
L. 5. C. ad L. Jul. maj. (L. 9. t. 8.)
L. 4. C. in quib. caus. pign. (L. 20. t. 2.)
L. 22 .ff. d. poenis. (L. 48. t. 19.)

enthalten nämlich die ausdrückliche Bestimmung, daß, wenn ein Herr oder ein Vater die Abänderung eines Testaments verhindere, in welchem sein Sclave oder Sohn als Erbe eingesetzt sey, sich die Strafe des Verlusts der Erbschaft auch auf seinen Sclaven oder Sohn ausdehne, ohne Unterschied, ob jener vor Antretung der Erbschaft freygelassen, oder dieser emancipirt worden sey.

Schadete nun in dem hier gegebenen Falle der dolus des Vaters seinem Sohne, wenn er auch nicht mehr in väterlicher Gewalt war, so ist es wohl nicht inconsequent, wenn man in unserem Falle dem Paulus die Behauptung in den Mund legt, der dolus des Gatten sey auch der Gattin nachtheilig. 15) Die Verhältnisse sind wenigstens in beyden Fällen dieselben.

Nach römischen Begriffen, so wie sie zu den Zeiten des Paulus noch herrschend waren, bildete die Gattin mit ihrem Gatten eine Personen-Einheit, 16) wie der Vater sie mit seinem Sohne bildete; 17) sie war — auf welche der drey Arten die strenge Ehe auch geschlossen seyn mochte, in der Gewalt ihres Gatten, wie der Sohn in der Gewalt seines Vaters; sie war einer rechtlichen Fiction zur

---

15) Auf alle Fälle behielt der Vater ein Patronat und Erbrecht, in Beziehung auf den Sohn, wie den Sclaven.

16) L. 1. §. 15. ff. Sen. Cons. Silan. et Claud. „Com„mixta familia est viri et uxoris atque una domus.“ Hugo Geschichte des röm. Rechts. Berlin 1799. § 56. S. 44. Galvanus d. usufr. C. 8. n. 10.

17) §. 4. J. d. inut. stip. (L. 3. t. 20.)
L. 41. pr. ff. d. cond. et dem. (L. 35. t. 1.)
L. f. C. d. imp. et aliis subst. (L. 6. t. 26.)
L. 130. ff. d. Verb. Obl. (L. 45. t. 1.)

Folge Tochter ihres Gatten, [18]) wie der Sohn Sohn seiner Geburt nach war; sie war sua heres ihres Gatten, [19]) wie der Sohn suus heres seines Vaters; sie trug all ihr Vermögen in das Eigenthum ihres Gatten über, [20]) so wie auch der Sohn alles nur seinem Vater erwarb; ja sie nahm und nimmt noch heutzutage — wie auch Pabst Clemens uns versichert — [21]) gewöhnlich mehr Antheil an den Handlungen ihres Gatten, als der Sohn an den Handlungen seines Vaters.

§. 9.

Wie sollte es aber hier eines Arguments durch Induction nur bedürfen, da in einem Fragmente Ulpians — eines Zeitgenossen von Paulus — in der

L. 4. §. 22. ff. de doli mali et metus except.

derselbe Grundsatz sogar in Beziehung auf die Dos, wegen der einer Gattin doch die eminenteren Ausflüsse des natürlichen Eigenthumsrechts zustanden, [22]) in seiner Allgemeinheit aufgestellt ist.

„Apud Julianum quæsitum est — schreibt jener Classiker — si heres soceri, à quo dos peteretur, exciperet de dolo mariti, et mulieris,

---

18) Mosaicarum et rom. Legum coll. t. 16. §. 12. Hugo am ang. O. §. 59. S. 47. Griesinger Gesch. der Suität. §. 19. §. 47.

19) Ulpiani Fragm. t. 22. §. 14. u. t. 29. §. 1. Mos. et rom. Leg. Coll. l. cit. Hugo am angef. O. §. 90. Galvanus l. c. Griesinger am ang. O.

20) Hugo am ang. O. §. 56 ꝛc. Galvanus l. c. n. 12. Griesinger am ang. O.

21) In der Constitution L. 7. C. 3.

22) L. 30. C. d. jure dot. (L. 5. t. 12.) Galvanus am ang. O. C. 22. n. 10.

„cui pecunia quæreretur, an obstatura esset „exceptio ex persona mulieris? Et ait Julia„nus, si maritus ex promissione dotis ab he„rede soceri petat et heres excipiat de dolo „filiæ, cui ea pecunia acquireretur, exceptio„nem obstare, dos enim, quam maritus ab he„rede soceri petit, intelligitur (inquit) filiæ „acquiri, cum per hoc dotem sit habitura. „Illud non explicat Julianus, an (et) *de dolo* „*mariti* excipi possit: puto autem, eum hoc „sentire, ut etiam de dolo mariti noceat ex„ceptio, licet videatur nulla dos filiæ (ut ait) „quæri." 23)

§. 10.

Die Deutung, die wir unserem Fragmente geben, wird endlich durch die Verbindung, in welcher dasselbe steht, bedeutend unterstützt.

In den zunächst darauf folgenden zwey Fragmenten 3 und 4 — denn der Zwischenparagraph nach der Schultingschen Ausgabe enthält eine aus den Pandecten gezogene Einschaltung — 24) behandelt Paulus die Frage, ob eine Confiscation Statt finde, wenn der Vater oder der Herr ein Testament, in welchem sein Sohn oder Sclave als Erbe eingesetzt sey, als falsch anfechte, bey diesem Streite aber unterliege, und wiefern bey einer gleichen Klage

---

23) Vergl. die Basiliken L. 51. t. 4. de doli et met. except. nach dem Reizschen Supplemente. pag. 90. Der scheinbare Widerspruch in den Gründen beyder Entscheidungen löst sich nur durch die Distinction des natürlichen u. Civil-Eigenthums der Dos, das unter Ehegatten getheilt war.

24) S. die v. Hugosche Ausgabe. p. 90.

der Umstand entschuldige, daß der Rath eines Tutors oder Curators befolgt worden sey.

Auch aus dieser Verbindung geht also deutlich hervor, daß es in dem Plane des Paulus lag, durch mehrere gegebene Beyspiele den Hauptsatz zu erläutern, daß unter gewissen Voraussetzungen der dolus eines Dritten einem Dritten — in besonderer Anwendung auf unser Fragment aber durch das Beyspiel, daß der dolus des Gatten der Gattin [25]) schade.

Mehrere Beyspiele desselben Hauptsatzes enthält auch ein anderes Fragment von Paulus aus den zwey Büchern seines Werks, das gleichfalls de jure fisci betitelt ist, [26]) die L. 5. ff. de his, quæ ut ind. auf. [27])

Namentlich sind aber auch daselbst — was wohl nicht minder erheblich ist — jene zwey Fragen aus Pauls Sentenzen erörtert.

§. 11.

Diesem nach würde der Sinn unsers Fragments seyn:

---

25) nicht umgekehrt der Gattin dem Gatten, wie sich aus dem Bisherigen ergiebt, außer es trete die Bedingung in der L. 5. §. 5. ff. de his, quæ ut ind. ein, oder die Gattin mache sich nach der angef. L. 4. §. 22. de doli exc. in Beziehung auf ihre dos eines dolus schuldig.

26) Der Florentinische Index erwähnt dieses Werks nicht. Vielleicht existirte es auch nie anders, als in unserem bloß fragmentarischen Titel: de jure fisci et populi, von Pauls Sentenzen.

27) Die einzige, die uns daraus in den Pandecten aufbewahrt ist. Aus dem angeblichen zweyten Buche findet sich überall kein Fragment mehr.

„Wer seinen Schwager, dem er im Namen
„einer unter seiner Gewalt stehenden Gat-
„tin — oder wer seinen Verwandten, dem er selbst
„ab intestato succediren würde, im Testiren hin-
„dert, oder es dahin einleitet, daß er ungültig te-
„stirt, dem wird seine Intestat-Erbsgebühr als ei-
„nem Unwürdigen entzogen."

XII.

Ueber die Theorie des von Gönner, den Beweis der geschehenen Uebergabe einer Judicialschrift betreffend.

§. 1.

Ein Gericht, das Ordnung liebt — und welches wird sie nicht lieben? — hält sich verpflichtet, das Jahr und den Tag — ja bey Nothfristen selbst die Stunde jeder Eingabe zu bemerken — das heißt, sie zu präsentiren.

Der sorgfältigste Präsident oder Actuar — denn einer von beyden besorgt gewöhnlich die Präsentation — kann endlich einmal in eine Lage kommen, in der er diese kleine mechanische Arbeit unterläßt — sey es ohne sein Verschulden, oder aus einem größeren, oder geringeren Grade von Unachtsamkeit.

Von welchen Folgen nun diese Unterlassung für die Partheyen sey, darüber finden sich nicht nur in den ältern — sondern auch in den neuern Schriften vom Prozesse Sätze, gegen die wohl mit Recht noch einige Erinnerungen Statt finden.

§. 2.

Danz [1]) unterscheidet, ob das Präsentatum gar nicht — oder ob zwar das Jahr und der Tag — aber nicht die Stunde der Uebergabe bemerkt sey. In dem ersten Falle legt er dem Exhibenten den Beweis auf, daß die Uebergabe zur rechten Zeit geschehen sey; in dem zweyten vermuthet er sie, und fordert den Beweis von dem, der eine Versäumniß behauptet.

v. Gönner [2]) hingegen nimmt — so lange vom Gegentheile das Gegentheil nicht bewiesen ist — ohne alle Distinction an, daß das Exhibitum nach dem darin bemerkten Datum — oder, wenn auch dieses nicht ausgedrückt ist — daß es zur rechten Zeit übergeben worden sey.

§. 3.

Jeder, der ein Factum für sich anführt, muß es nach allen seinen wesentlichen Beziehungen — folglich unter gewissen Umständen — besonders auch in Beziehung auf die Zeit vollständig beweisen.

Der Beschränkung dieses Satzes, welche Danz sich erlaubt, steht — wenn gleich nicht die reine Theorie — jedoch die entschiedene Praxis [3]) zur Seite.

---

1) Grundsätze des gem. ord. Prozesses. Stuttg. 1791. §. 89. S. 186.

2) Erörterungen über den gemeinen Prozeß. Bamberg 1799. Nr. II. S. 38 und Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, 2. Ausg. Erl. 1804. I. B. S. 225.

3) s. die bey Danz angezeigten Schriften u. weiter noch Berger Oecon. J. L. 4. t. 28. §. 5. n. I. Hoffmann D. d. decendio appell. Tub. 1770. §. 40. p. 24. Mevius P. I. D. 257. u. P. 3. D. 313. Seyffart d. Reichspr. C. 27. §. 14. Schœpff proc. app. C. 8. §. 3. Cons. Tub. T. 3. C. 302. n. 3. u. T. 9. C. 75. n. 12.

Daß aber v. Gönner in den beyden gegebenen Fällen ihn ganz aufhebt, oder — was eins ist — seine Anwendbarkeit bestreitet, läßt sich in keinem Betrachte rechtfertigen.

§. 4.

Nach der Behauptung dieses verdienstvollen Schriftstellers soll aus der Unterlassung der Präsentation einer Eingabe die Vermuthung hervorgehen, daß dabey die Nothfrist beobachtet worden sey.

Zur Begründung einer eigentlichen Rechtsvermuthung fehlt es überall an einer gesetzlichen Bestimmung. v. Gönner kann sich also nur eine einfache factische Vermuthung gedacht haben. Wie sollte aber auch diese Platz greifen, und zwar mit der angegebenen Wirkung — einer Wirkung, die bey einer Vermuthung letzter Art ohnedies bezweifelt werden will. 4)

Aus der unterlassenen Präsentation an sich betrachtet folgt nach allen logischen Gesetzen kein Wahrscheinlichkeitsgrund, weder daß die Uebergabe zur rechten Zeit, noch daß sie zu spät geschehen sey — es folgt in beyden Beziehungen gar Nichts. 5)

---

4) s. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproz. Halle 1805. n. 5. S. 117—130 rc.

5) Wenn schon die zu rechter Zeit geschehene Präsentation nicht vermuthet wird, sondern erst ein Gegenstand des Beweises ist, so läßt sich doch darum nicht behaupten, daß eine Vermuthung ihr entgegen stehe, die dem, der sie läugnet, zu Statten käme. Die große Verschiedenheit zwischen beyderley Begriffen — negative Vermuthung und Negation einer Vermuthung haben mit Scharfsinn entwickelt: Weber am ang. O. S. 124 u. 129 u. vorzüglich Feuerlein Versuch einer neuen Theorie der Vermuthungen. 1810. §. 15. S. 51.

Für den Exhibenten bleibt dieses Nichtfactum — es gründe sich auf eine Schuld oder nicht — ein wahrer Zufall, den er als der, den er traf, zu leiden hat. 6)

Eine Folge davon ist, daß er sich um ein anderwärtiges Mittel, die Richtigkeit der Zeit seiner Eingabe zu beweisen, umsehen — sich übrigens wegen der Kosten, die mit diesem Beweise verknüpft sind, so wie wegen des Schadens aus dem Verzuge an den, dessen Versehen dazu Anlaß gab, halten mag.

§. 5.

Diese Ansicht der Sache ist so einfach und klar, daß sie durch Kunstschlüsse unmöglich entstellt werden kann.

Allerdings ist es Pflicht des Richters, auf der Eingabe das Präsentatum zu bemerken.

Nur fragt es sich zugleich, ob dadurch die Verbindlichkeit der Parthey aufgehoben werde, für den Beweis der beobachteten Nothfrist ihrerseits nicht minder besorgt zu seyn.

Beyderley Verbindlichkeiten stehen wirklich neben einander, und eine Parthey, die im Vertrauen auf die pflichtmäßige Handlungsweise des Richters jenen Beweis sich nicht selbst durch Empfangsscheine sichert, hat sich die Folgen ihrer Täuschung selbst beyzumessen. 7)

Es ist nichtsweniger, als schreyendes Unrecht — wie v. Gönner glaubt — wenn ihr ein Beweis

---

6) L. 15. §. 6. L. 38. ff. loc. (L. 19. t. 2.) L. 24. ff. d. cond. et dem. (L. 35. t. 1.)

7) s. Bischoff Lehrbuch des deutschen Canzleystyls und der C.Geschäfte. Helmst. 1793. 1. Th. §. 433. S. 602.

auferlegt wird, von dem sie — ohne an dem Gegentheile unrecht zu handeln — nicht freygelassen werden kann.

Soll einer Parthey die pflichtwidrige Handlungsweise des Richters nicht schaden, so soll sie ihr doch eben so wenig nützen; sie könnte ihr aber sogar nützen, wenn in Absicht auf die Beobachtung der Nothfrist ein Beweis für hergestellt angenommen werden wollte, der doch durch nichts hergestellt ist.

§. 6.

Auf dem Exhibenten ruht einmal die Last des Beweises. Durch die Berufung auf die Pflichtmäßigkeit des Richters und daß nach ihr der geringere Grad von Versehen — folglich die Nichtpräsentation einer zur rechten Zeit übergebenen Schrift angenommen werden müsse, wird er eben so wenig vollführt, als auf den Gegentheil übergewälzt.

Daß die vermeinte Vermuthung für die Pflichtmäßigkeit Niemanden vom Beweise befreye, der ihn auch abgesehen von ihr zu führen hätte, darüber läßt die gründliche Ausführung Webers [8]) gar keinen Zweifel mehr übrig.

§. 7.

Und so berechtigt also die Unterlassung der Präsentation einer Judicialschrift nicht — wie v. Gönner lehrt — zu einer den Beweis übertragenden Vermuthung, daß dieselbe nach dem darin bemerk-

---

8) am angez. O. S. 133—135.
S. auch Schneider vollständige Lehre vom rechtl. Beweise. Giessen u. Darmstadt 1803. §. 30. u. 31. S. 19 u. Anmerk. 9. S. 431.

ten Datum, oder, wenn auch dieses darin nicht bemerkt ist, zur rechten Zeit übergeben worden sey.

Zwar wird in einem solchen Falle die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, sofern ein Minor, oder wer mit ihm seine Rechte theilt, sie nachsucht, ohne weiters Statt finden, da in dem Ablaufe des Fatals eines Minor die Verletzung selbst schon liegt. 9) Ob aber der Exhibent in diesem Rechtsmittel aus der allgemeinen prätorischen Clausel sein Heil noch finden könne, dies ist eine Frage, auf deren Bejahung v. Gönner selbst seine Behauptungen nicht stützt, die aber — da die Existenz eines durch die richterliche Unterlassung entstandenen Schadens den Beweis der richtigen Uebergabe schon voraussetzt, 10) ohne Beobachtung des Unterschieds, ob in der Hauptsache selbst eine Beschwerde — gravamen — wahrzunehmen sey oder nicht, wohl nicht zu bejahen seyn dürfte.

---

9) L. 7. §. penult. L. 36. ff. de minor. Hofacker in pr. J. civ. § 816. Hoffmann D. de minore contra hered. adit. citra probationem læsionis in int. restituendo. Mevius T. 2. P. 7. Dec. 287. Mynsinger Cent. 4. Obs. 17. Wernher T. 1. P. 5. Obs. 82.

10) Gail Obs. L. 1. Obs. 143. n. 2.

11) Kraus D. de eo, quod justum est circa fatalia processus. Witemb. 1717. C. 3. n. 7. Lynker de grav. extrajud. C. 9. P. 2. §. 40. Mevius P. 7. Dec. 35. Schœpff d. de rest. rest. in int. Tub. 1743. §. 16.

XIII.

Faßt die Abtretung einer Schuld auch die Abtretung des dafür gegebenen Pfandes in sich?

§. 1.

Unter den mancherley bestrittenen Rechtsfragen ist wohl die keine der minderwichtigen, ob die Abtretung einer Schuld auch die Abtretung des dafür gegebenen Pfandes in sich fasse. [1]) Andere bejahen, andere verneinen sie.

Beyde Partheyen berufen sich auf Gesetze, die einander zu widersprechen scheinen — die bejahende auf

L. 6. u. 23. ff. de hered. vel act. vend. (L. 18. t. 4.) (s. §. 3.)

L. 6. u. 7. C. d. Oblig. et act. (L. 4. t. 10.) (s. §. 5.)

L. 2. C. per quas pers. (L. 4. t. 27. (s. §. 9.)

die verneinde auf

---

1) Es versteht sich, daß hier ein solches Privilegium vorausgesetzt wird, welches der Forderung und nicht blos der Person des Cedenten anklebt, folglich der Uebertragung auf Andere an sich fähig ist.

L. 11. §. 6. ff. d. pign. act. (L. 13. t. 7.) (s. §. 8.)
L. 73. ad Senatus Cons. Trebell. (L. 36. t. 1.) (s. §. 8.)
L. 11. 14. u. 21. C, d. fidejuss. (L. 8. t. 41.) (s. §. 13. 14. 15.)
L. 1. C. de his, qui in prior. cred. (L. 8. t. 19.) (s. §. 12.)
L. 13. C. loc. (L. 19. t. 2.) (s. §. 13.)
L. un. C. etiam ob chirogr. pec. (L. 8. t. 27.) (s. §. 14.)

§. 2.

Eine Abtretung — cessio — ist bey unkörperlichen Sachen — wie z. B. bey einer Schuldforderung gerade das, was bey körperlichen die Uebergabe — traditio — ist. So wie die Uebergabe einer körperlichen, so setzt auch die Abtretung einer unkörperlichen einen Rechtstitel — z. B. einen Kauf voraus.

Natürlich muß also die Vorfrage dahin gestellt werden:

Faßt z. B. der Kauf einer Schuld auch den Kauf des dafür gegebenen Pfandes in sich?

§. 3.

Sofern die Pfandesverbindlichkeit überhaupt eine bloß accessorische Verbindlichkeit ist, sofern besonders dem Käufer einer Schuld die Absicht seiner möglichsten Sicherstellung beygelegt werden muß, sofern hingegen das Pfand nach verkaufter Schuld, ob es schon durch diesen Verkauf nicht erlischt, 2) für den

2) L. 5. §. 2. ff. quibus modis pign. vel hyp. solv. (L. 20. t. 6.)

Gläubiger zwecklos wäre, sofern beantwortet sich diese Vorfrage schon aus der Natur der Sache; aber mit ihr stimmen auch die römischen Gesetze zusammen.

„*Emtori* nominis

schreibt Ulpian in der

L. 6. ff. d. hered. vel act. vend. (L. 18. t. 4.)

„etiam *pignoris persecutio præstari debet*: „ejus quoque, quod postea venditor accepit, „nam *beneficium venditoris prodest emtori.*“

und Hermogenian in der L. 23. ff. ibid.

„Venditor actionis, quam adversus principalem „reum habet, *omne jus*, *quod ex ea causa* „*ei competit*, tam adversus ipsum reum, quam „adversus intercessores hujus debiti cedere „debet, nisi aliud actum est.“ 3)

§. 3.

So haben also zwey der oben angeführten Gesetze keineswegs die aufgestellte Frage, sondern nur jene verschiedene Vorfrage zum Gegenstande. Nur über diese geben sie die Entscheidung dahin,

„daß der Verkäufer einer Schuld im Zwei„fel nicht nur diejenigen Unterpfänder, die ihm „zur Zeit des Verkaufs constituirt waren, son-

---

3) Auch in der L. 5. §. 2. ff. quibus mod. pign. vel hyp. solv. (L. 20. t. 6.) liegt nicht undeutlich der Satz: Die Pfänder erlöschen durch den Verkauf der Schuld darum nicht, weil man annimmt, der Kaufpreis sey auch für sie — die Pfänder — bezahlt. S. ferner L. 2. pr. u. §. 8. ff. d. hered. vel act. vend. (L. 18. t. 4.)

„dern selbst auch diejenigen, die ihm nachher „constituirt wurden, abzutreten verbunden „sey."

Da indessen jene Gesetze ihre Entscheidung nur auf Zweifelsfälle — nisi aliud actum est — beschränken, so versteht es sich wohl von selbst, daß die Verbindlichkeit, dem Käufer das Pfandrecht abzutreten, wegfällt, wenn von den Contrahenten eine entgegengesetzte Uebereinkunft, die eine Art von Novation enthält, getroffen wird. Ein Beyspiel hievon in einem übrigens sehr verschiedenen Falle, den Perez, Brunnemann [4]) und Andere [5]) genau aufgefaßt haben, drückt die

L. un. C. etiam ob chirograph. pec. (L. 8. t. 27.) aus:

„Pignus intercidit, si *novatione facta* in alium „jus obligationis transtulisti, nec ut ea res „pignoris nomine teneretur, tibi cautum est, „quodsi pactum inter te eumque, qui postea „dominus fundi constitutus novam obligatio„nem susceperat, intercessit, ut idem fundus „tibi pignoris nomine teneretur, quamvis per„sonali actione expertus feceris condemnatio„nem, pignoris tamen habes persecutionem."

§. 5.

Tritt nun der Verkäufer einer Schuld sie seiner Verbindlichkeit gemäß wirklich ab, ohne des damit verknüpften Pfandrechts zu erwähnen, so

---

4) beyde ad Cod. L. 8. t. 27.

5) S. besonders Jos. Finestres in Hermogeniani libros 6. comment. ad d. L. 23. p. 462.

fließt in Beziehung auf die vorliegende eigentliche Frage aus der Rechtsvermuthung,

daß es mit verkauft worden sey,

von selbst auch die weitere,

daß es mit abgetreten worden sey.'

Dem Cessionar stand nach dem ältern römischen Rechte ein doppeltes Klagerecht gegen den abgetretenen Schuldner zu.

Entweder geschah die Abtretung — und dies war der gewöhnliche Weg — durch einen feyerlichen Act, der ihn zum vollkommenen Eigenthümer des abgetretenen Gegenstands machte — cessio in jure — oder sie geschah durch ein gegebenes Mandat, und er trat für seine eigene Sache als Bevollmächtigter des Cedenten auf — als procurator in rem suam.

Daß sich aber wie in dem ersten, so auch in dem letzten Falle sein directes Klagerecht auf die Pfänder ausgedehnt habe, dies geben die beyden Imperatoren Diocletian und Maximian durch die beyden Rescripte vom Jahr 293 in der

L. 6. C. d. oblig. et act. (L. 4. t. 10.)

„Si in solutum nomen debitoris sui debitor „tibi dedit tuus, *ac te in rem tuam procuratorem fecit*, *pignora*, quæ specialiter, vel generaliter habes obligata, *persequere*."

und der

L. 7. C. ibid.

„Si à creditore *nomen comparasti*, ea pignora, quæ venditor nominis persequi posset,

„apud præsidem provinciæ vindica: nam si „debitum *ex ejus persona* res tibi obligatas „tenentes non transferant, jure communi pig„nora distrahere non prohiberis.“

aufs deutlichste zu erkennen.

§. 6.

Eine cessio in jure, oder ein Mandat war nach älterem römischen Rechte das einzige Mittel, das für den Käufer einer Schuld gegen den Schuldner selbst einen Anspruch begründete.

Nach dem Zeugnisse Ulpians in der

L. 9. §. 8. ff. de rebus cred. 6)

hatte zwar der Darlehens-Contract schon zu den Zeiten des Aristo und Julians — der letzte lebte, wie wahrscheinlich auch noch der erste, unter Hadrian — die Eigenheit, daß wenn Geld im Namen eines Dritten ausgeliehen wurde, ihm ein directes Klagerecht, das jedoch immer nur persönlich war — (s. §. 9.) condictio mutui — zustand — eine Eigenheit, die man in der Folge auch bey der condictio indebiti analogisch in Anwendung brachte. 7)

---

6) „Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos ab„sente te et ignorante, Aristo scribit: *adquiri tibi con„dictionem.* Julianus quoque de hoc interrogatus L. „10. scribit: veram esse Aristonis sententiam, nec du„bitari, quin si meam pecuniam tuo nomine, volun„tate tua dedero, tibi acquiratur obligatio.“

L. 15. ff. d. rebus cred. „Singularia quædam re„cepta sunt circa pecuniam creditam, nam si tibi de„bitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mi„hi, quamvis meos nummos non acceperis.“

7) L. 6. C. de cond. indeb. (L. 4. t. 5.)

Außerdem hielten die Römer fest auf dem gedoppeltem Grundsatze:

1.) durch einen freyen Menschen kann ein Dritter keine Rechte erwerben, [8] weder unmittelbar, noch mittelbar. [9]

2.) Niemand kann durch einen Dritten verbindlich gemacht werden. [10]

§. 7.

Wenn gleich, so viel den ersten Grundsatz betrift, nach und nach schon die Prätoren und ältern Imperatoren in manchen einzelnen Fällen von der Subtilität des römischen Rechts abwichen, so war es doch erst Divus Pius, der in der ersten Hälfte des zweyten Jahrhunderts in einer Constitution, die wir nicht mehr besitzen, Bestimmungen festsetzte, die das Ganze mehr umfaßten.

Nun war der bloße Wille hinreichend, ein Recht, das Jemand sich erworben hatte, in der Folge unter irgend einem vorangegangenen Titel auf einen Andern zu übertragen, ohne daß es der Umschweife einer feyerlichen Cession oder eines Mandats mehr bedurfte. Nun konnte auch ein Dritter ans dem Vertrage, den ein freyer Dritter geschlossen hatte, berechtiget werden, vorausgesetzt, daß der, dem das Versprechen geschah, zur Eingehung des

---

8) s. Bœhmer D. de jure ex pacto tertii quæsito und die §. 10. angef. Gesetze.

9) ein Grundsatz, der sich sogar auf das Verhältniß zwischen Pupillen und ihren Tutoren, auf Mandanten und Mandatarien, und auf Gesellschaftstheilhaber erstreckte, da unter allen eine Klage nur durch Cession bewirkt wurde.

10) S. die Gesetze bey Bœhmer l. all. §. 14.

Geschäfts beauftragt war, oder bey der Erfüllung des gethanen Versprechens zugleich ein eigenes Interesse hatte, das ihn zur Abtretung seines dahin sich beziehenden Klagerechts wenigstens berechtigte, ohne Rücksicht, ob er es wirklich abtrat oder nicht. [11])

§. 8.

Gesetzt, der Verkäufer einer Schuld habe sie wirklich abgetreten, oder gesetzt, er habe die Abtretung verweigert, so hinderte nun nichts mehr den Käufer, aus dem Edicte des Divus Pius den Schuldner selbst mit einer eigenen Klage — der actio utilis — in Anspruch zu nehmen.

Da die actio utilis nach dem Beyspiele der directa eingeführt wurde, [12]) da nach dem Lehrsatze des Paulus in der L. 47. ff. neg. gest. jene gleichen Namen, gleiche Natur und Wirkungen mit dieser haben soll, so wäre zwar nichts consequenter gewesen, als daß die erste eben so, wie die letzte sich auf die Verfolgung der Pfänder erstreckt

---

11) § 19. u. 20. J. d. inut. stipul. (L. 3. t. 20.)
L. 1. C. d. mag. conv. (L. 6. t 75.)
L. 1. §. 13. ff. d. tut. et rat. distr. (L. 27. t. 3.)
L. penult. C. ad exh. (L. 3. t. 42.)
L. 18. C. d. leg. (L 6. t. 37.)
L. 1. u. 2. C. d. Oblig. et act. (L. 4. t. 10.)
L. 5. 7. 8. 9. C. d. her. vel act. vend. (L. 4. t. 39.)
L. 16. ff. d. pact. (L. 2. t. 14.)
L. f. C. quando fisc. vel priv. (L. 4. t. 15.)
L. 4. C. si cert. pet. (L. 3. t. 2.)
L. 37. §. 3. ff. d. leg. 3. (L. 32. t. 3.)
L. 26. pr. ff. depos. (L. 16. t. 3.)
Böhmer am ang. O. §. 20. u. 24.
Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. § 89. S. 367.
12) L. 1. C. d. precar. (L. 8. t. 9.)
L. 8. u. L. 9. C. d. hered. vel act. vend. (L. 4. t. 39.)

hätte; allein man gieng vielmehr den Grundsätzen der zuvor schon analogisch angewandten condictio mutui (s. §. 6.) nach und die wichtige Bemerkung, die schon Noodt machte, [13]) daß die nützlichen Klagen — gleich jener — ursprünglich nur bey persönlichen — nicht auch bey dinglichen wirksam gewesen seyen, bestätiget sich auch hier vollkommen, denn aus einigen Gesetzen der nachfolgenden Zeitperiode überzeugen wir uns, daß von den Juristen und wahrscheinlich auch den ältern Imperatoren wirklich ganz entgegengesetzte Grundsätze beobachtet wurden.

So trägt schon Mäcianus, ein Zeitgenosse des Antonin, im 13ten Buche von Fideicommissen den Fall vor, daß, wenn ein Erbe aus einer Erbschaftsmasse Geld hingeliehen und dafür ein Pfandrecht erhalten habe, der, dem eben diese Erbschaft als Fideicommiß restituirt werden mußte, jenes Pfandrecht nicht verfolgen, wohl aber verlangen könne, daß ihm sein Fideicommiß-Erbe es abtrete.

„Si *heres*

heißt es nämlich in der

L. 73. ff. ad Sen. Cons. Trebell. (L. 36. t. 1.)

„*pecuniam hereditariam crediderit*, *et in eam* „*causam pignora acceperit*, *actiones non compe-* „*tunt* ei, cui restituta fuerit hereditas *adversus* „*ipsa pignora*, sed aliqua dubitatio remanebit, „si in eum contractum, qui ex defuncto fuerit „interpositus, heres, antequam restitueret here- „ditatem, pignus acceperit, sed ne sic quidem „ipse admitteretur ex fideicommisso; tamen habet

13) ad Pand. L. 18. t. 4. in f.

„adversus heredem actionem, ut ei cedat pro „pignoris commodo actionem.“ 14)

So schrieb auch Ulpian am Ende des 2ten oder zu Anfange des 3ten Jahrhunderts nach der

L. 11. §. 6. ff. de pign. act. (L. 13. t. 7.)

„Per liberam personam pignoris obligatio nobis non acquiritur, adeo, ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem acquiratur.“

§. 9.

Doch die bisherige Inconsequenz hob Justinian im Jahr 530 durch die

L. 2. C. per quas pers. (L. 4. t. 27.)

ganz auf. Nachdem er die historische Bemerkung vorausschickte, daß nach den zuvor bestandenen Gesetzen derjenige, auf dessen Namen ein Dritter Geld gegen ein Pfand darleihe, zwar die *condictio mutui*, nicht aber auch die Pfandklage erwerbe, verordnete er sehr bestimmt, daß in solchem Falle dem Gewaltgeber sowohl die Personal- als auch die Pfandklage ohne alle vorangegangene Cession ipso jure gestattet seyn soll.

Wenn die Gesetze — argumentirt er dabey — dem Gewalthaber die Verbindlichkeit auflegen, die Action abzutreten, so sey kein Grund wahrzunehmen, aus welchem, um für den Gewaltgeber ein

14) Daß dem Fiduciar-Erben die condictio ex mutuo gegen den Schuldner zukomme, wird nach dieser L. — wie wohl zu merken ist — nicht bezweifelt. Nach ihr erstreckt sich dieselbe nur nicht zugleich auf das Pfand. — Actiones non competunt adversus *ipsa* pignora — — ut ei cedat *pro pignoris commodo actionem*.

Pfandrecht zu begründen, dessen besondere Abtretung erforderlich seyn sollte, während sie in Beziehung auf die Personalklage für überflüssig gehalten werde.

„Cum per liberam personam —

heißt es in der angeführten Constitution —

„si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiratur quidem ei, cujus nomine pecunia credita est, per hujusmodi numerationem condictio, non autem hypotheca, vel pignus eorum, quæ procuratori data, vel supposita sunt, dominis contractus acquiritur: talem differentiam expellentes sancimus et condictionem et hypothecariam actionem, vel pignus ipso jure et sine aliqua cessione ad dominum contractus pervenire. Si enim procuratori necessitas legibus imposita est, domino contractus cedere actionem, quare quemadmodnm ab initio in personali actione cessio supervacua videbatur, non etiam in pignoribus et hypothecis simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem, seu pignoris vinculum, vel retentionem sibi acquisitam.“

Zwar handelt diese Gesetzstelle vom Darlehens-Contracte, der längst vor Divus Pius die besondere Eigenschaft hatte, daß dadurch auch ein Dritter eine directe Klage erwarb, ohne der späterhin eingeführten *utilis* condictio ex mutuo zu bedürfen; (s. §. 6.) allein da die nützlichen Klagen, die zu Abschneidung der Cessionen eingeführt wurden, auf demselben Grunde beruhen, aus welchem derjenige, auf dessen Namen sein Procurator Geld auslieh, gegen den Schuldner direct handeln konnte, so würde die Anwendung dieser Justinianschen Ver-

ordnung auf die nützlichen Klagen um so weniger Bedenken finden, als auch in ältern Zeiten diese Art Klagen nach der Natur jener beurtheilt wurde.

Zum Ueberflusse gab aber Justinian selbst in der

L. 9. C. de hered. vel act. vend. (L. 4. t. 39.)

von der übrigens das Zeitverhältniß gegen die angeführte L. 2. nicht mehr bestimmt werden kann, hierüber eine ausdrückliche Bestimmung.

„Certi et indubitati juris est, ad similitudi-„nem ejus, qui personalem redimerit actionem, „et utiliter eam movere suo nomine conceditur, „etiam eum, qui in rem actionem comparave-„rit, eadem uti posse facultate. Cum enim actionis „nomen generale sit omnium, sive in rem, sive „in personam actionum, et apud omnes veteris „juris conditores hoc nomen in omnibus pateat, „nihil est tale, quod differentiam in hujus modi „utilibus actionibus possit introducere.“

Vielleicht war sich die Praxis schon vor Justinian nicht immer gleich. Wenigstens scheinen sich die nützlichen Klagen schon zu Diocletians und Maximians Zeiten auch auf dingliche Rechte bezogen zu haben. 15)

---

15) L. 7. C. d. hered. vel act. vend. „Postquam eo de-„cursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori „dentur, ordinarium visum est, post nominis vendi-„tionem utiles emtori vel ipsi creditori postulanti „dandas actiones.“

L. 8. C. ibid. „Ex nominis emtione dominium re-„rum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel „in rem suam procuratore facto, vel utilis secundum „ea, quæ pridem constituta sunt, *exemplo creditoris* „persecutio tribuitur.“

§. 10.

Es hat also wohl keinen Zweifel, daß jeder Dritter, der durch einen freyen Menschen ein Recht und darauf nach dem Edicte des Divus Pius eine nützliche persönliche Klage erwarb, nach dem Justinianschen Rechte auch das damit verknüpfte Unterpfand, ohne Rücksicht, ob es ihm namentlich mit abgetreten wurde oder nicht, ansprechen kann.

§. 11.

Auch der obige zweite altrömische Grundsatz:

„Niemand kann durch einen Dritten verbindlich gemacht werden,“ (s. §. 6.)

erhielt durch die Nachhülfe der Prätoren und die Interpretationen der Rechtslehrer wesentliche Beschränkungen. Aus dem Geschäfte eines magister navis, eines Institors, eines Mandatars, konnte nun der exercitor, der præponens, der Mandant eben so in Anspruch genommen werden, als ob alle selbst contrahirt hätten.

Der filiusfamilias, oder der servus machte den paterfamilias, oder den Herrn verbindlich, sofern sie entweder nach einem Auftrage handelten, oder ihr peculium zureichte. Besonders wurde auch die versio in rem als ein Fundament, den Herrn, oder den paterfamilias aus der Handlung seines Knechts zu verbinden, betrachtet. Was die actio personalis de in rem verso utilis betrift, so beruht sie auf einer Ausdehnung der Folgezeit. Das Edict des Prätors, nach der L. 1. ff. de in rem verso und die L. 1. ff quod cum eo — so wie der §. 4. J. quod cum eo — sprechen ausdrücklich nur vom Knechte und vom filiusfamilias gegen den Herrn und den paterfamilias.

Erst Diocletian und Maximian führten durch die

L. 7. §. 1. C. quod cum eo — (L. 4 t. 26.) [16])

jene Klage unter gewissen Hauptbestimmungen ein. Sie kam

1.) nicht dem zu, der die Angelegenheit eines Andern besorgte, und zu dessen Nutzen contrahirte, sondern dem, der mit diesem Geschäftsführer contrahirte. Warum sollte ihrer der erste auch bedürfen, er, der durch die actio mandati, oder negotiorum gestorum hinlänglich berathen ist?

2.) Sie setzt voraus, daß mit dem Schaden des Klägers der dritte Geschäfts-Eigenthümer bereichert würde, wenn er keine Vergütung zu leisten hätte.

§. 12.

Je mehr diese Grundprincipien mit der vorliegenden Hauptfrage in Beziehung stehen, desto nöthiger war es, sie voraus zu schicken. Wir gehen nun aber zur Prüfung der weitern Gesetzstellen über, auf die sich von den Rechtslehrern in dieser Controverse bezogen wird:

Höchst wahrscheinlich ist in der

L. 1. C. de his, qui in prior cred. (L. 8. t. 19.)

„Non omnimodo succedunt in locnm hypo-
„thecarii creditoris hi, quorum pecunia ad cre-

---

16) — „Si cum libero res ejus (domini) agente, cujus „precibus meministi, contractnm habuisti, et ejus per„sonam elegisti, pervides contra dominum nullam te „habere actionem, nisi vel in rem ejus pecunia pro„cessit, vel hunc contractum ratum habuit.“

„ditorem transit. Hoc enim tunc observatur, „cum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto „credat, ut idem pignus ei obligetur et in lo„cum ejus succedat. Quod cum in persona tua „factum non sit (judicatum est enim, te pignora „non accepisse) frustra putas, tibi auxilio opus „esse constitutionis nostræ ad eam rem pertinentis. 17)

von einer freywilligen Pfandnachfolge und zwar bloß einer solchen, die sich auf die Bewilligung des Schuldners — ohne daß also eine Cession dabey vorkam — gründete, die Rede. 18)

Gesetzt aber, sie habe eine solche freywillige Pfandnachfolge zum Gegenstande, die auf der Einwilligung des Gläubigers, folglich auf einer Cession beruht, so würde ihr Sinn der seyn: „Wenn „ich dem mit einem Pfande versehenen Gläubiger „eines dritten Schuldners Bezahlung leiste, so er„lange ich die Stelle, die er aus seinem Pfande „unter den übrigen Gläubigern einnahm, nicht. Auf „sie bekomme ich erst alsdann einen Anspruch, wenn „ich das Geld unter der Bedingung bezahle, daß „mir auch das Pfandrecht zu Statten kommen, und „ich in dieses succediren soll." 19)

Aus dieser Entscheidung folgt, wenn sie genauer analysirt wird, in Beziehung auf unsere Frage nicht das mindeste.

---

17) Vergl. L. 12. §. 8. u. 9. qui pot. in pign. L. 20 t. 4.) L. 3. ff. quæ res pign. L. 20. t. 3.

18) Von diesem Gesichtspunkte, für den auch der ganze Inhalt spricht, geht Dabelow vom Conc. der Gläub. Th. 3. §. 303. aus.

19) Von einem ähnlichen Falle spricht die L. 2. C. qui in prior. cred. (L. 8. t. 19.)

Durch die bloße Bezahlung eines Pfandgläubigers erhalte ich auf dessen dingliche und persönliche Rechte, die vielmehr dadurch von selbst erlöschen, 20) keinen Anspruch. 21) Die condictio ex mutuo, die der Pfandgläubiger hatte, dem ich Bezahlung leistete, kann ich mir also keineswegs utiliter anmaßen.

Kann ich mir aber die Hauptklage nicht utiliter anmaßen, so kann ich dies eben so wenig in Absicht auf die miterloschene accessorische Pfandklage.

Allerdings wurde zwar der Schuldner durch meine für ihn geleistete Zahlung von einer Pfandschuld befreyt, folglich mein Geld in seinen Nutzen verwendet; allein **mir** kommt deswegen nur eine Contractsklage — actio mandati, vel negotiorum gestorum zu (s. §. 11.) und mit dieser steht die Pfandklage **des bezahlten Gläubigers** in keiner solchen subjectiven Verbindung, daß diese jener als accessorium folgen könnte.

Auch auf Seite des Pfandgläubigers kann von einer ihm zustehenden actio personalis de in rem

---

20) L. 76. ff. d. solut. (L. 46. t. 3.)

21) L. 1. pr. ff. quib. modis pign. (L. 20. t. 6.) Manche Rechtslehrer behaupten zwar in Absicht auf die persönlichen Rechte das Gegentheil; allein die Gesetze, worauf sie sich berufen, L. 2. ff. d. cess. bon. (L. 42. t. 3.) L. 24. §. 3. ff. d. reb. aut. jud. poss. (L. 42. t. 5.) L. 3. ff. quæ res pign. (L. 20. t. 3.) L. 4. C. de his qui in prior cred. (L. 8. t. 19.) geben den Beweis davon nicht, und auch alle Gesetze, welche das eigentliche jus offerendi zum Gegenstande haben, sprechen nur von einer **Pfandnachfolge**. S. Brikner d. præcipuis commodis juris offerendi creditoribus hypothecariis secundis adversus priores competentis. Altdorf 1780. §. 8. p. 37.

verso, die aus dessen Person mir utiliter zukäme und das Pfandrecht mit sich führte, unmöglich die Rede seyn, denn er, der seine Schuld von mir erhielt, leidet unter der Bereicherung des Schuldners nicht. (s. §. 11.) Also wurde nach dem in der L. 1. gegebenen Falle durch meine Zahlung überall keine persönliche Klage vom Pfandgläubiger auf mich übergetragen, der die Pfandklage auf dem Fuße nachfolgen konnte.

Ganz anders hängt nun aber die Sache nach folgender Erklärung zusammen: Mir steht aus meiner für den Schuldner geleisteten Zahlung gegen denselben eine Contractsklage — actio mandati — vel negotiorum gestorum zu. (s. §. 11.) [22])

Der Abtretung der persönlichen Klage des bezahlten Gläubigers bedarf es daher auch nicht mehr, sondern nur eines Vertrags wegen Abtretung der Pfandklage — [23]) einer Klage, die ich mir auch bey der Zahlung an ihn bedinge, [24]) und die ich sodann mit der persönlichen Klage, die ich zu-

22) Dieser Behauptung widerspricht die L. 12. ff. qui pot. in pign. (L. 23. t. 4.) nicht, denn darin äußert sich gerade der Unterschied zwischen der Pfandnachfolge eines Pfandgläubigers, der das jus offerendi ausübt, und eines Fremden, der für einen Schuldner bezahlt, daß der erste sein eigenes — nicht wie der zweyte ein fremdes Geschäft besorgt. S. Hofacker in pr. Inst. §. 1218.

23) Wer sich verbindet, eine Schuld oder ein Pfand abzutreten, von dem wird angenommen, daß er die Schuld, oder das Pfand verkauft habe. L. 36. ff. de hered. vel act. vend. (L. 46. t. 1.)

24) Bedinge ich mir, in das Pfand zu succediren, so ist das — wie Westphal bemerkt, (vom Pf.R. § 172. S. 259 u. 260) eben so viel, als ich bedinge mir die Abtretung des Pfandes.

vor schon selbst hatte, verbinden kann. [25]) Darum ist auch in der L. 1. nur der Ausbedingung der Abtretung des Pfandrechts gedacht, (die Abtretung selbst wird nach dem Rescripte des D. Pius als geschehen angenommen) die Ausbedingung einer Abtretung der persönlichen Klage hingegen für überflüssig angesehen, „— sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur etc. [26])

§. 13.

Nach der L. 11. C. d. fidejuss. (8. 41.) ließ Alexander im Jahr 230 an einen gewissen Salustius folgendes Rescript ergehen:

„Cum alter ex fidejussoribus in solidum de-
„bito satisfaciat, actio ei adversus eum, qui una
„fidejussit, non competit. Potuisti sane, cum
„fisco solveres, desiderare, ut jus pignoris, quod
„fiscus habuit, in te transferretur, et si hoc ita

---

25) Daß die hypothekarische Klage abgesondert von der persönlichen abgetreten werden könne, läßt sich mit Grunde wohl nicht bezweifeln.

L. 2. C. de luitione pign. (8. 31.)

Jacob de Arena de cess. jurium et act. Rubr. 4. nr. 58.

Averanius Int. J. L. 2. C. 12. nr. 17. pag. 449.

Bachov d. pign. et hyp. L. 5. C. 2. nr. 9. p. 368.

Brunnemann de cess. act. C. 4. n. 64.

Negusantius d. pign. et hyp. P. 3. membr. 1. n. 14. pag. 60.

Stryk d. jur. et act. non cessibilibus. Cap. 5. §. 22.

Vergl. Weber von der nat. Verbindlichkeit. §. 104. S. 454.

26) Es war schon in erster Instanz durch Urthel entschieden, daß Kläger zwar eine persönliche, aber keine dingliche Klage habe. „Judicatum est, te pignora „non accepisse." —

„factum est, cessis actionibus uti poteris, quod „et in privatis debitis observandum est.“

Alexander macht es hier dem Salustius zum Vorwurfe, daß er sich, indem er als Bürge einen Gläubiger bezahlte, von solchem nicht die Pfandklage abtreten ließ. Salustius fügte sich auch durch die Unterlassung dieser Vorsicht Nachtheil zu. Wenn einer von mehreren Mitbürgen dem Gläubiger unbedingt Zahlung leistet, so wird die Schuld für erloschen betrachtet, und daher hatte Salustius gegen seinen Mitbürgen gar kein Klagerecht mehr. 27)

Gegen den Hauptschuldner blieb ihm zwar seine Contractsklage — mandati, oder negot. gest. — bevor, 28) aber diese gewährte ihm keine Sicherheit. Hätte Salustius sich die Klagen des Gläubigers abtreten lassen, so hätte er aus der persönlichen Klage seinen Regreß gegen die Mitbürgen nehmen — aus der Realklage aber auch die Pfänder des Hauptschuldners verfolgen können.

Ja hätte er, der zuvor schon selbst eine persönliche Klage hatte, folglich einer weitern durch Abtretung gegen den Hauptschuldner nicht bedurfte, vom Gläubiger sich nur das Pfandrecht abtreten lassen, so wäre er ebenfalls weniger in Gefahr gekommen, seine Forderung zu verlieren.

Wie sollte nun dieses Rescript als Beleg des Satzes gelten können, daß bey der Abtretung einer Schuld das damit verknüpfte Unterpfand besonders abgetreten werden müsse! Es geschah nach dem In-

---

27) L. 17. 36. 39. ff. d. fidej. (L. 46. t. 1.)
L. 76 ff. de solut. (L. 46. t 3.)
Hofacker in pr. J. c. §. 2038.

28) Hofacker am ang. O. §. 2038.

halte der L. gar keine Abtretung der persönlichen Klage, — denn eben darum hatte Salustius auch keine Ansprache an seine Mitbürger. Ist aber gar keine Abtretung der persönlichen Klage geschehen, so kann auch aus der L. nicht deducirt werden, ob das Pfandrecht mitübergegangen sey oder nicht. Freylich sprach Alexander nur davon, daß Salustius zur Wahrung seiner Rechte gegen den Hauptschuldner sich das Pfandrecht hätte abtreten lassen sollen; allein er nahm an, daß es der Abtretung der Personalklage nicht bedürfe, weil Salustius zuvor schon selbst eine ähnliche Klage — actio neg. gest. — hatte.

§. 14.

Noch deutlicher bestätigt sich diese Ansicht durch die

L. 14. C. d. fidejuss. (L. 8. t. 41.)

„Mandati actio personalis est, quæ si nomine „fidejussoris, vel adversus debitorem, seu heredes „ejus competit, Præses provinciæ, quæ deberi „compererit, reddi jubebit. Pignora etenim, „quæ reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum „ad vos transeunt, si facta nominis redemtione „solutio celebrata est, vobisque mandatæ sunt „actiones "

Hier sagt Gordian mit andern Worten so viel:

„Stellst du die persönliche Mandatsklage als „Bürge gegen den Hauptschuldner, oder seine Erben „an, so wird dir der Präses der Provinz Justiz „verschaffen; aber durch diese deine gegen den „Hauptschuldner gerichtete Mandatsklage erlangst du das Pfandrecht, das der Gläubiger hat„te, nicht. Um dies zu erlangen, ist nöthig, daß

„dir, nachdem du die Schuld durch Bezahlung an „dich gebracht, und dir dadurch eine persönliche „Klage — die actio mandati — selbst verschaft „hast, auch das Pfand abgetreten werde.“

Auch in diesem Falle hatte also der Petent keine aus der Person des Gläubigers abgeleitete persönliche Hauptklage, welche die Pfandsklage hätte in sich fassen können. Darum mußten ihm freylich entweder *actiones* — oder es mußte ihm wenigstens die Pfandklage noch besonders abgetreten werden, um sie mit seiner eigenen persönlichen Klage verbinden zu können.

§. 15.

Eben so löst sich auch die

L. 13. C. loc. (L. 4. t. 65.)

und die

L. 21. C. de fidejuss. (L. 46. t. 1.)

von selbst auf, und in beyden wird die Abtretung des Pfandrechts allein deswegen für nothwendig angesehen, weil es mit der persönlichen Klage, welche die Petenten zuvor selbst hatten, ihrer Natur nach nicht verknüpft seyn konnte.

§. 16.

Und so wäre also der Sinn der sämmtlichen Gesetze, auf die sich beyde Partheyen in dieser Controverse berufen, in der einem jeden angewiesenen Stellung erläutert und — was hauptsächlich nur durch Hülfe der Rechtsgeschichte und chronologisches Ordnen der einzelnen Fragmente und Constitutionen wohl geschehen konnte — der wechselseitige Einklang aller hergestellt, so wie auch die Frage:

„ob der Kauf, oder die Abtretung einer Schuld „auch den Kauf oder die Abtretung des dafür „gegebenen Pfandes in sich fasse"

nach dem römischen Rechte — abgesehen von etwa vorkommenden besonderen factischen Umständen 29) und abgesehen von den hier eingreifenden deutschen Rechtsgrundsätzen, 30) die absichtlich nicht näher berührt werden, wohl nicht mehr zweifelhaft seyn kann.

---

29) Uebergiebt z. B. wie bey Cessionen gewöhnlich geschieht, der Cedent dem Cessionar zugleich die Schuldverschreibung, in welcher das Pfand constituirt ist, so liegt in dieser Uebergabe selbst schon ein weiterer Beweisgrund für die zugleich geschehene Abtretung des Pfandes. Wird ferner namentlich eine Leichenkostensforderung abgetreten, so liegt auch darin die Abtretung des mit der Forderung verbundenen Privilegiums.

30) Böhmer am ang. O. C. 2. pag. 299. Weber am ang. O.

XIV.

Ein Rechtsfall aus Concurs-Acten geschöpft.

A. will dem B., der ihm ein Darlehen zusicherte, ein gerichtliches Unterpfand constituiren lassen.

C. hat an eben diesen A. bereits eine Capital-Forderung, für die ihm dessen Vermögen — aber nur privatim verpfändet ist. Er protestirt deswegen gegen die Bestellung des neuen öffentlichen Unterpfands, in der Besorgniß, daß sie ihm nachtheilig werden möchte. Um den C. hierüber zu beruhigen, erklärt B.:

> daß er der Forderung desselben bey einem über den A. etwa ausbrechenden Concurse mit der seinigen nachstehen wolle. 1)

und der Richter findet nun — da C. seine Protestation zurücknimmt — keinen Anstand, über das bestellte öffentliche Unterpfand unter der eben erwähnten Beschränkung in gehöriger Form zu erkennen.

Nach Verfluß einiger Jahre gerä. A. wirklich in Concurs und als Gläubiger treten unter Andern auf:

---

1) also ganz dem Falle gemäß, den die L. 12. §. 4. ff. qui pot. in pign. (L. 20. t. 4.) annimmt.

A. der öffentliche Pfandgläubiger.

D. ein Privatpfandgläubiger nach der Zeit von 1804.

C. der oben erwähnte Privatpfandgläubiger nach der Zeit von 1806.

In welchem Vorzugsverhältnisse stehen nun diese 3 Creditoren gegen einander?

Es ist unmöglich dem C. einen Platz vor dem B. einzuräumen, ohne ihn zugleich auch dem D., der doch eine ältere Privathypothek hat, und der auf sie nie Verzicht leistete, vorzusetzen.

Die Regel: Si vinco vincentem te, vinco etiam te, welche die Practiker für ähnliche Collisionsfälle aufzustellen suchen, [2]) kann zu keiner Entscheidung führen, denn alle 3 Gläubiger berufen sich auf sie, nämlich

B. gegen C.

D. gegen B. und

C. gegen D.

und die Hypothek des B. theilen und in derselben Classifications-Urthel sie als öffentliche und Privat-Hypothek zugleich lociren zu wollen, scheint eben so ungereimt, als unausführbar zu seyn. [3])

Sollte aber der Fall nicht nach folgendem Gesichtspunkte, der allein dem muthmaßlichen Willen der Contrahenten, so wie dem Sinne des Richters

---

2) s. die obige Abhandl. IX. §. 3. und Schœpff de proc. unilaterali, sive contumac. Sect. 4. §. 27. pag. 293.

3) Hoffmann d. jure rerum individ. C. 5. Sect. 2. aph. 3. 12. 24. pag. 487.

bey dem Unterpfands-Bestätigungs-Acte — ei quod actum est — entsprechen dürfte, auseinander zu setzen seyn!

Der Vorzug, den der öffentliche Pfandgläubiger B. dem C. zugestand, kann in den an sich unwandelbaren Locationsgesetzen im Ganzen Nichts ändern. 4) Jener verlor durch diese Uebereinkunft der gesammten Creditorschaft gegenüber eben so wenig sein Recht als öffentlicher Pfandgläubiger, als dieser sich in Beziehung auf dieselbe aus der Classe eines Privatpfandgläubigers zu einem öffentlichen erhob. Ihre rechtliche Wirkung, die sich auf den Privatpfandgläubiger D. als Dritten weder zu seinem Nutzen, noch Schaden ausdehnen kann, äußert sich nach den bekannten Grundsätzen der sogenannten Conversion einer juristischen Handlung nur dahin, daß in Beziehung auf den öffentlichen Pfandgläubiger B. dem Privatpfandgläubiger C. gegenüber eine auf einem unbenannten Contracte beruhende wechselseitige Cession der öffentlichen und Privathypothek — (nicht der Forderungen selbst) — nach der betreffenden Summe der Forderung des letzten angenommen wird, 5) daß also jener diesem, so weit dessen Genugthuung es erfordert, alles das-

---

4) L. 38. ff. d. pactis. „Jus publicum privatorum pactis mutari non potest." L. 23. u. 27. ff. d. Reg. I. (L. 50. t. 17.) L. 7. ff. de pact. (L. 2. t. 14.) L. 1. ff. depos. (L. 16. t. 3.) L. 55. ff. d. leg. I. (30. 1.) L. 12. §. 1. ff. d. pact. dot. (24. 4.)

5) Daß eine Hypothek abgesondert von der persönlichen Klage zu Gunsten der Forderung eines Andern cedirt werden könne, wird aus der vorangehenden Abhandlung: Faßt die Abtretung einer Schuld auch die Abtretung des dafür gegebenen Pfandes in sich? und den dort angeführten gesetzlichen Beyspielen vorausgesetzt.

jenige — aber auch nur dasjenige als Cessionar zu überlassen hat, was er aus der Masse des Gemeinschuldners als öffentlicher Pfandgläubiger erhält, daß hingegen der Privatpfand-Gläubiger C. dem öffentlichen Pfandgläubiger B. als Gegen-Cessionar das bezahlt Erhaltene von demjenigen wieder vergüten muß, was ihm etwa aus der Masse nach der Stelle, in der er als Privatpfand-Gläubiger selbst auch steht, an schlechteren Mitteln zu Theil wird. 6)

Die Aehnlichkeit und Verschiedenheit zwischen diesem Falle und dem Falle der L. 16. ff. qui pot. in pign. (L. 20. t. 4.) wie auch den Fällen, welche Huber, 7) v. Kapf, 8) v. Gmelin, 9) v. Gönner 10) und die Verfasser der gemeinnützigen Beobachtungen 11) anführen, wird Jeder leicht einsehen.

---

6) Hofacker pr. J. civ. §. 221,
Harpprecht Diss. de eo, quod justum est circa conversionem actuum, negotiorumque juridicorum. Tub. 1746.
7) prælect. in pand. L. 20. t. 4. §. 30. u. 31.
8) Diss. de dote pignori anteriori expresso postponenda etc.
9) Ordnung der Gläub. (5te Aufl.) §. 35. S. 336.
10) Handbuch des Proz. 1. B. S. 409.
11) Bd. 1. S. 92.

XV.

Zu Eberhard Otto in seinem Papinian.

Cap. 17. §. 2. S. 679.

Eberhard Otto macht in seinem Papinian, Cap. 17. §. 2. S. 679 nach der Ausgabe Bremæ 1743 die nicht uninteressante Bemerkung, daß Papinians Quästionen zu den Zeiten des Harmenopul — folglich etwa im Jahr 1345, wo nicht vollständig, doch vollständiger, als heutzutage vorhanden gewesen seyen, und wirklich beruft sich auch dieser Schriftsteller im 2ten Buche und zwar im Titel de novis operibus §. de prospectu montium sehr bestimmt auf die letzte Quästion des dritten Buchs seiner Quästionen — [1]) eine Stelle, die sich sonst überall nicht mehr findet, namentlich weder in Papinians Fragmenten — so weit Justinian in den Pandecten sie uns aufbewahrte, noch in dem Edicte des Ostgothischen Königs Theoderich, [2]) noch in der Compilation, die unter dem corrupten Namen liber

---

1) Prospectum contra montes nemo impedire potest, ut dixit Papinianus L. 3. quæstionum in ultima quæstione.

2) bey Georgisch Corpus Jur. Germ. antiqui. Halæ 1738. pag. 2199.

Responsorum Papian. bekannt ist, [3]) noch in dem breviarium des Visigothischen Königs Alarich [4]) ꝛc.

Könnte bewiesen werden, daß Papinian im 3ten Buche seiner Quästionen, die sich in 37 Bücher abtheilten, die Lehre von der novi operis nunciatio besonders abgehandelt, oder auch nur aus Veranlassung irgend einer Rechtsfrage mit berührt habe, [5]) so hätte man einen weitern Bestätigungsgrund für die Aechtheit des Harmenopulschen Allegats, folglich auch für die Ottosche Hypothese; aber eben diesen Beweis liefert uns wenigstens die Justiniansche Pandecten-Sammlung, da die

L. 18. desselben Titels de novi operis nunciatione,

die davon auch handelt — wie ihre Inscription zeigt — aus Papinians Quästionen und zwar — was wohl zu merken — ebenfalls aus seinem dritten Buche geschöpft ist.

---

3) bey Schulting jurisprud. antejust. pag. 827.

4) bey Schulting am angef. O. S. 810. S. auch von Savigny Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. 2 Bd. S. 9 36. u. 164.

5) Gewöhnlich breiteten sich die alten Classiker nach dem Urtexte ihrer Quästionen, die vielmehr zwar kurze, aber desto reichhaltigere Abhandlungen bildeten, und auf die sich unter dem Namen tractatus oft auch berufen wurde, über die Rechtsmaterien selbst, in die sie gerade eingriffen, und einzelne verwandte Rechtsfragen aus. S. Eberhard Otto am angef. O. Cap. 12. §. 1. S. 361.

Zusätze.

Seite 102. Note 9. setze bey: siehe unten S. 183. die Note 156.

Seite 111. setze am Schlusse der Note 26. bey: Und nach v. Savigny Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter 2. Th. S. 215. das dort angeführte Placitum von 1058:

„Confessos *suo jure præjudicatos* haberi „placeat."

S. 119. Note 46. setze nach der Gesetzstelle pr. ff. de offic. jud. (4. 17.) bey: L. 11. C. d. jud. (3. 1.)

S. 144. schalte vor §. 17. ein:

Uebrigens beschränkt sich der obige Grundsatz nur auf die Hauptsache. Gegen eine Urthel, welche den Punkt der Früchte, der Zinse, oder der Kosten unberührt läßt, bedarf es daher der Appellation, sofern sie nicht in Rechtskraft übergehen soll.

L. 13. C. d. usuris. (4. 32.)

Vergl. die L. 3. u. 5. C. d. fruct. et lit. exp. (7. 51.)

L. 13. §. 6. C. d. judic. (3. 1.)

L. ult. C. quando prov. non est nec. (7. 64.)

Seite 148. lit. b. setze nach L. 47. pr. ff. de re jud. (42. 1.) bey: L. 1. pr. ff. de req. vel absent damn. (48. 17.)

Seite 149. Note 99. füge bey: Siehe oben S. 139. Note 87. —

Seite 152 §. 22. nr. 1. setze nach dem Worte: „tenet“ bey:

L. 6. §. 3. ff. de conf. (42. 2.)

Paulus rec. sent. L. 5. t. 5. §. 6.

Seite 173. füge der Note 140. noch hinzu: Die Nichtigkeitsquerel — actio — querela nullitatis — wird allgemein als ein dem römischen Rechte fremdes Rechtsmittel angesehen. S. z. B. von Almendingen am anges. O. S. 296. Sehr wohl kennt es sie aber unter dem Namen: *revocatio sententiæ in duplum*. Wer nämlich auf diese Klage sich stützte, behauptete, die gefällte Urthel sey nichtig gefällt worden, folglich als gar nicht gefällt zu achten; darum bedürfe es auch keiner Appellation — provocare non esse necesse — sententiam sine appellatione rescindi — sondern nur einer richterlichen Erkenntniß, ob und wiefern diese Behauptung gegründet sey. Lag er sodann bey dem über die Existenz, oder Nichtexistenz einer Urthel sich erhobenen Streite (s. L. 1. pr. ff. quæ sent. sine app. resc. (49. 8.) L. 1. C. quando prov. non est necesse. (7. 64.) unter, so zog er sich die Strafe des muthwilligen Abläugnens — poena inficiationis — zu und wurde in duplum verurtheilt.

Siehe hierüber

Paulus in receptis sententiis. L. 1. t. 19. §. 1. „quædam actiones, si à reo inficiantur, duplan„tur, *velut judicati*" etc.

und

L. 5. t. 5. §. 8. a.

„Res olim judicata post longum silentium in „judicium deduci non potest, *nec eo nomine in „duplum revocari.*"

ferner den Codex Gregorianus L. 10. tit. quibus res judicata non nocet. §. 1.

„Præses provinciæ non ignorat, eum, qui per „contumaciam condemnatur, nec appellationis „auxilio, *aut in duplum revocare posse.*"

Auch Cicero pro Flacco.

„Frater meus pro sua æquitate prudentiaque de„crevit, ut si judicatum negaret, in duplum iret."

Vergl. die L. 16. ff. judic. solvi. (46. 7.) und §. 23. 26. 27. J. de actionibus. (L. 4. t. 6.) besonders auch nach der paraphrasis des Theophilus.

S. ferner Schulting jurisprud. antejust. pag. 258. 451. und 703.

Cujacius in Pauli rec. sent. L. 1. t. 27. oper. prior. T. 1. p. 378.

Von Hugo Rechtsgeschichte 5te Ausg. §. 342. S. 501.

Seite 178. Zeile 13. nach den Worten: „vorausgesetzt werden kann" schalte ein: ſ. L. 1. pr. ff. quæ sent. sine app. (49. 8.) L. 1. C. quando prov. non est nec. (7. 64.)

Seite 202. Zeile 17. nach den Worten: „von Zahlung" schalte ein:

ihrem Begriffe nach — (vollständige Befreyung von einer Verbindlichkeit —)

Druckfehler.

S. 6. Note 4. lies testamentifactionis statt tesiamentifactionis.
S. 8. Note 8. l. Robert st. Rodbert.
S. 9. letzte Zeile l. legibus st. legibas.
S. 10. Zeile 24. l. legitimam st. legitinam.
S. 11. Zeile 1. l. testamentorum st. testamentoram.
S. 11. Note 16. l. legasset st. legesset.
S. 13. Zeile 8. l. Erbfolge-Gesetze st. Erbfolgesetze.
S. 48. Note 2. l. Umeau st. Omeau.
S. 54. Z. 2. l. avunculus st. avuneulus.
S. 59. Z. 26. l. die prätorischen Edicte, die Senatus-Consulte, st. die prätorischen Senatusconsulte, die Edicte.
S. 61 Z. 26. l. Anspruch st. Ansprache.
S. 77. Note 15. l. Brissonius st. Brissionius.
S. 83. Z. 1. l. widerrufen st. wiederrufen.
S. 83 Z. 10. l. unsere st. unsern.
S. 83. Note 9. l. Ungrund st. Urgrund.
S. 84. Z. 2. l. Stryk st. Streyk.
S. 85. Z. 9. l. mißlungen st. mißgelungen.
S. 103. Z 1—2 l. entgegengesetzte st. entgegensetzte.
S. 113. Z. 17. ist die Notezahl 27 zum Schlusse des vorangehenden Satzes und nach dem Worte „begründete" — zurückzusetzen.
S. 128 Z. 7. l. §. 26 st. §. 24.
S. 139. Note 87. letzte Z. l. desinit st. disinit.
S. 140 Note 89. l. perantiquus st. perantiquas.
S. 144. Z. 6. l. jusjurandum st. jusjurandam.
S. 162. Z. 8. l. Sejo st. sejo.
S. 162. Z. 13. l. Viginti st. vigenti.
S. 171. Z 9. l. gebauten st gebaute.
S. 198 Z. 17. l. Rechtsgeschäft st. Rechsgeschäft.
S. 205. Z. 21. l. Analysirung st. Analisirung.

Inhalt.

I.) Ueber den Ursprung und Grund des Rechtssatzes: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. S. 1—18.

II.) Ueber das Duplum der actio de tigno juncto, besonders bey Concursen. S. 19—31.

III.) Ueber den Rechtssatz: Minima non curat Prætor. Zur Erklärung der L. 4. ff. d. rest. in int. (L. 4. t. 1.) S. 32—46.

IV.) Versuch einer neuen Demonstration des mehrfachen Erbrechts der Mehrfachverwandten. S. 47—71.

V.) Ueber Stempelpapier nach Justinianschem Rechte. Ein Bruchstück. S. 72—77.

VI.) Ueber die L. 13. C. de collat. (L. 6. t. 20.) Eine critische Emendation. S. 78—95.

VII.) Ueber heilbare und unheilbare Nichtigkeiten, besonders nach römischem Rechte. S. 96—189.

VIII.) Ueber die L. 77. ff. de Reg. Juris. (L. 50. t. 17.) als Anhang der vorstehenden Abhandlung. S. 190—205.

IX.) Ueber die Stelle des Königl. Würtembergischen Landrechts 1. Theils, 75sten Titels, §. Es sollen auch die Frauen ꝛc. S. 206—216.

X.) Ueber die L. un. ff. de glande legenda, als Nachlese zur ersten der civilistischen Abhandlungen des Herrn Hofraths Thibaut. S. 217—221.

XI.) Ueber ein Fragment des Paulus in receptis sententiis. (L. 5. t. 12. §. 2.) S. 222—233.

XII.) Ueber die von Gönnersche Theorie, den Beweis der Uebergabe einer Judicialschrift betreffend. S. 234—239.

XIII.) Faßt die Abtretung einer Schuld auch die Abtretung des dafür gegebenen Pfandes in sich? S. 240—261.

XIV.) Ein Rechtsfall aus Concurs-Acten geschöpft. S. 262—265.

XV.) Zu Eberhard Otto in seinem Papinian. Cap. 17. §. 2. S. 679. S. 266—267.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Klüpfel, Heinrich Immanuel

Über einzelne Theile des bürgerlichen Rechts

Stuttgart 1817

J.rom.m. 273 d
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566802-4